



UNIVERSIDADE
NOVA
DE LISBOA



MESTRADO EM DIREITO E SEGURANÇA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Ações Encobertas - As Declarações do Agente Encoberto em Audiência de Julgamento

Autor: Arménio Claro Pontes

Orientador: Professor Doutor André Amaral Ventura

Lisboa, 06 outubro de 2014

DECLARAÇÃO ANTIPLÁGIO

Declaro que o texto apresentado é da minha autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.

DEDICATÓRIA

*À minha filha Inês
pelo tempo que lhe roubei.*

*À minha mulher Helena
pelo seu permanente apoio.*

*“satius esse nocentem absolvi
innocentem damnari”¹*

¹ “É preferível absolver culpados que condenar inocentes”.

AGRADECIMENTOS

O meu primeiro agradecimento vai para o Senhor Professor Doutor André Amaral Ventura, meu orientador, pela sua visão e conselhos sábios, pela sua disponibilidade e solicitude. Pela forma aberta como os temas eram debatidos e num ambiente informal as respostas iam surgindo.

Ao Senhor Dr. Pedro Cunha Lopes, Juiz de Direito na 7ª Vara Criminal de Lisboa pela amabilidade em dar a sua opinião sobre várias questões no âmbito dos problemas levantados neste trabalho.

Ao Senhor Dr. João Melo, Procurador da República no Departamento Central de Investigação e Ação Penal pela disponibilidade em responder de forma sábia e experiente a diversas questões que me fizeram ver mais além.

Ao Senhor Dr. João Carreira, Diretor da Unidade de Prevenção e Apoio Tecnológico da Polícia Judiciária, pela gentileza em me aclarar diversos pontos, com base na sua vasta experiência nesta matéria, que me permitiram ficar com uma visão técnico policial mais real.

À Senhora Mestre Ana Kéri pela permanente disponibilidade na pesquisa de doutrina e jurisprudência alemã sobre o regime jurídico alemão das ações encobertas e toda a sua envolvimento jurídica.

Aos meus colegas, Dr. Hugo Ferreira, Dr. Rui Gonçalves e Dr. Pedro Nunes, todos Inspectores da Polícia Judiciária, pelos debates mantidos que me permitiram ter uma visão mais abrangente sobre a problemática das ações encobertas, bem como pela indicação de referências bibliográficas nacionais e internacionais.

Ao Senhor Jochen Wiethold, Oficial Ligação da Polícia Federal da Alemanha na Embaixada da República Federal da Alemanha em Lisboa pela sua disponibilidade e esclarecimentos sobre o regime jurídico das ações encobertas alemão.

Uma palavra de apreço ao Senhor Fernando Sánchez, Inspetor –chefe do Corpo Nacional de Polícia Espanhol pelas suas explicações sobre o regime jurídico das ações encobertas em Espanha.

Ao Senhor Engenheiro Informático André Pontes, meu querido irmão, pelos constantes esclarecimentos de dúvidas informáticas aquando da formatação do presente trabalho.

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

No presente trabalho adotou-se a língua portuguesa e o novo acordo ortográfico.

No que diz respeito à Bibliografia adotaram-se as Normas Portuguesas n.ºs 405-1 e 405-4 do Instituto Português da Qualidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E ACRÓNIMOS

Ac./Acs.	Acórdão/Acórdãos
APC	Autoridade de Polícia Criminal
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CACDLG	Comissão de Assuntos Parlamentares, Direitos, Liberdades e Garantias
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CHIS	Covert Human Intelligence Source
CJ	Coletânea de Jurisprudência
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DAR	Diário da Assembleia da República
DCIAP	Departamento Central de Investigação e Ação Penal
DR	Diário da República
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
GNR	Guarda Nacional Republicana
JIC	Juiz de Instrução Criminal
LEC	Ley Enjuiciamiento Criminal
LOIC	Lei de Organização da Investigação Criminal
LOPJ	Lei Orgânica da Polícia Judiciária
LPT	Lei de Proteção de Testemunhas
LPTP	Lei de Proteção de Testemunhas e Peritos em Espanha
LSI	Lei de Segurança Interna
MP	Ministério Público
OPC	Órgão de Polícia Criminal

PJ	Polícia Judiciária
PSP	Polícia de Segurança Pública
RIPA	Regulations of Investigatory Powers Act
RJAE	Regime Jurídico das Ações Encobertas
RMP	Revista do Ministério Público
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TCIC	Tribunal Central de Instrução Criminal
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

DECLARAÇÃO

Declaro que o corpo da presente Dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 261072 caracteres.

RESUMO

A sociedade global e cada vez mais tecnológica obriga os Estados a adotarem medidas securitárias que consigam manter o equilíbrio entre a liberdade, por um lado, e a segurança e o respeito pelos direitos basilares de um Estado de direito democrático, por outro. Um Estado só consegue atingir tal desiderato se possuir um sistema judicial eficaz e, em particular, um processo penal adequado às novas realidades criminógenas. Nesse âmbito, o legislador nacional tem vindo a adotar, no seguimento de outros ordenamentos jurídicos internacionais, meios especiais de obtenção de prova mais restritivos de direitos. Nesses meios especiais incluem-se as ações encobertas, que, sendo um meio a usar com parcimónia, são fundamentais no combate à criminalidade violenta e altamente organizada. Destarte, o agente encoberto, sempre voluntário, desenvolve, um conjunto de atividades que permite à investigação usufruir de outros meios de obtenção de prova e/ou diligências probatórias *per si*, com o objetivo de carrear prova bastante para os autos. Nesse *milieu*, o agente encoberto pode atuar mediante identidade fictícia atendendo, especialmente, aos elevados riscos que corre durante a fase de investigação bem como após o seu termo. Essa identidade fictícia pode ser mantida durante a fase probatória por exceção que é o julgamento. De igual forma, atendendo à ameaça latente que o agente encoberto sofre como consequência natural da sua inserção em organizações criminosas, bem como pela necessidade de permitir a realização de futuras ações encobertas, é fundamental que a sua participação como testemunha, em audiência de julgamento, seja devidamente blindada. Assim, quando o agente encoberto prestar, excecionalmente, declarações em audiência de julgamento deverá fazê-lo sempre através de videoconferência com distorção de voz e imagem. Tal medida pode garantir o anonimato do agente encoberto e, concomitantemente, que o direito ao contraditório e a um processo equitativo ao arguido não são prejudicados, uma vez que, nessas circunstâncias a diligência será supervisionada na sua totalidade (em audiência e junto do agente encoberto) por um magistrado judicial.

Palavras-chave : Ações encobertas; Testemunho do agente encoberto.

ABSTRACT

The global and increasingly technological society requires the States to adopt security measures that can maintain the balance between the freedom, on the one hand, and the security and the respect for fundamental rights of a democratic state, on the other. A State can only achieve this aim if it has an effective judicial system and in particular a criminal procedure adequate to the new criminogenic realities. In this context, the national legislator has adopted, following other international legal systems, special means of obtaining proof more stringent of rights. Within those special means are included the covert actions, that, being a means to use sparingly, is a key element to fight against violent and highly organized crime. Therefore, the undercover agent, voluntary by nature, develops a set of activities that enables the investigation to use other means of taking evidence and/or probatory diligences itself, with the purpose of providing sufficient proof to the case file. In this *milieu*, given the high risks involved during the investigation, as well as after its completion, the undercover agent can act upon fictitious identity. This measure can be maintained during the evidentiary phase of the trial. Similarly, given the latent threat that the undercover agent suffers by its inclusion in criminal organizations, as well as the need for his inclusion in future covert actions it is crucial that his participation as a witness in the trial is properly shielded. Thus, when the undercover agent provides, exceptionally, statements in the trial, he shall do so always through videoconference with voice and image distortion. This measure can guarantee the anonymity of the undercover agent and concomitantly, that the adversarial principle and the right of the accused to a fair trial is not prejudiced since, in those circumstances, the diligence will be supervised in its entirety (in the audience and with the undercover agent) by a judge.

Key words: Undercover actions; Testimony of the undercover agent.

CAPITULO I

1. Introdução

O Estado, no âmbito da sua função administrativa, satisfaz as necessidades coletivas ou interesses públicos da coletividade, sendo que, de entre essas necessidades encontramos a segurança. A segurança é assim garantida pelo Estado através da Polícia, ainda que não o seja de forma exclusiva, conforme estipula o nº1 do art.272º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

“... num Estado de direito democrático, a polícia não é uma ameaça à liberdade, é um instrumento fundamental para a garantia dos direitos dos cidadãos.”²

A segurança interna é definida como a atividade desenvolvida pelo Estado com vista à repressão da criminalidade conforme previsto no nº1 do art.1º da Lei de Segurança Interna (LSI).³

A repressão da criminalidade é maioritariamente desenvolvida pelos órgãos de polícia criminal (OPC enquanto entidade) no desempenho das suas funções de investigação criminal, sejam eles de competência genérica ou especializada.⁴

A evolução e proliferação de fenómenos globais associados a uma criminalidade cada vez mais transnacional, globalizada, mais organizada e com acesso a tecnologia de vanguarda, constituem desde logo uma ameaça aos direitos fundamentais das coletividades. A inovação na área das telecomunicações abriu novas portas

² COSTA, António, Ministro da Justiça, intervenção no âmbito da discussão na generalidade da Proposta de Lei 79/VIII sobre o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e repressão criminal.

³ Lei de Segurança Interna - Lei nº53/2008 de 29 de agosto.

⁴ Conforme distinção efetuada pela Lei de Organização da Investigação Criminal - Lei nº 49/2008 de 27 de agosto.

à criminalidade altamente sofisticada. A internet não é apenas um meio usual e facilitador de comunicação entre os membros de organizações criminosas como, além disso, está permanentemente em evolução.⁵ Por sua vez, o legislador e os respectivos operadores judiciais tentam acompanhar essa mesma evolução, deparando-se constantemente com o paradigma do conflito de valores entre a administração da justiça e a restrição de direitos.

*“Sem querer diminuir em nada o grande impacto que tem para a insegurança quotidiana do cidadão a pequena criminalidade o problema central da criminalidade é a grande criminalidade organizada. E essa grande criminalidade organizada hoje não tem nacionalidade, não conhece fronteiras, e, portanto, só é compatível no quadro global – o quadro em que a própria criminalidade actua.”*⁶

De igual forma, as diferentes formas de terrorismo fundamentalista que *“...ataca brutalmente as populações inocentes para quebrar o pilar da confiança que as liga ao poder legítimo, explora os meios de comunicação social do adversário que potenciam os efeitos dissolventes dos atentados, tendo por alvo também os tempos que permitem a transmissão em direto, como aconteceu com os atentados de 11 de setembro e 11 de março.”*⁷ O terrorismo aproveita a livre circulação de pessoas de forma a conseguir criar colónias adormecidas no seio das sociedades civis, que manipulam as redes financeiras e informáticas e servem o transnacionalismo.

“A forma tradicional do Estado garantir a segurança das coletividades mostra-se insuficiente face às exigências de participação dos cidadãos na definição

⁵ De referir como mero exemplo de alguns *softwares* (SKYPE e VIBER) de conversação eletrónica diariamente utilizados e que ainda não são suscetíveis de interceção.

⁶ MACEDO, Miguel, Deputado do PSD, intervenção no âmbito da discussão na generalidade da proposta de lei 79/VIII sobre o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e repressão criminal.

⁷ MOREIRA, Adriano, *Terrorismo*, Coimbra, Almedina, 2004, p.9.

das prioridades relativas aos problemas que os afetam e na exigência de uma maior qualidade no serviço de segurança que lhes é prestado.”⁸

De qualquer forma, o Estado, em reação à permanente mutação e evolução da criminalidade, e tentando manter um equilíbrio entre a segurança e a liberdade, vai adaptando as respetivas políticas criminais,⁹ adotando novos meios, supostamente mais eficazes, de obtenção de prova no seu ordenamento jurídico.

É nesta dicotomia entre os valores da segurança e da liberdade que as sociedades vão tolerando que haja cada vez mais restrições no segundo, com o objetivo de reequilibrar uma balança que tende, por regra, a ser desigual.

“...na ânsia de dar combate ao crime grave, que mina as bases da sociedade, não podem legitimar-se comportamentos que atinjam intoleravelmente a liberdade de vontade ou de decisão das pessoas.”¹⁰

Os meios de obtenção de prova foram assim evoluindo na tentativa de acompanhar essa criminalidade cada vez mais sofisticada e tecnológica. As organizações criminosas, com o decorrer do tempo ou com base nas investigações criminais de que foram alvo, conhecem e dominam os métodos e técnicas tradicionais de investigação utilizadas pelos OPC e só com, pelo menos, o acompanhamento constante desse desenvolvimento tecnológico dos meios de recolha de prova, é possível haver igualdade de armas nessa luta por natureza assimétrica.

Como bem afirma FLÁVIO CARDOSO PEREIRA, “...el más destacado de los problemas enfrentados en el proceso penal dice respecto a la tensión de fuerzas

⁸ FERNANDES, Fiães, *As sociedades contemporâneas e a ameaça terrorista*, Coordenação de Adriano Moreira, Terrorismo, Coimbra, Almedina, 2004, p.464.

⁹ Os objetivos gerais da política criminal atual são prevenir, reprimir e reduzir a criminalidade, promovendo a defesa de bens jurídicos, a proteção das vítimas e reintegração dos agentes do crime na sociedade (art.1º da Lei Quadro nº38/2009 de 20 de julho).

¹⁰ Ac. do TC nº 578/98, publicado no Diário da República nº48/99 de 26 de fevereiro.

que ponen en choque dos derechos estrictamente constitucionales, o sea, de un lado el derecho de punir del Estado, representando la seguridad colectiva y de otro, el derecho a las garantías fundamentales a ser reconocido a las personas sometidas a la persecución criminal. Dicho en pocas palabras, existiría pues una relación de tensión entre la efectividad de la justicia y los postulados del Estado de Derecho, o entre el interés público en la eficiencia del proceso penal y la máxima protección posible del imputado. Todavía no se puede olvidar la constatación real y factible de que el conflicto de intereses, presente en la vida desde el comienzo de la existencia humana, es inevitable por el simple hecho de la convivencia social.”¹¹

O panorama da criminalidade atual não se centraliza pois, apenas e exclusivamente, no agente do crime, mas sim nas organizações que sem limites territoriais se dedicam, não apenas a uma, mas a toda uma panóplia de tipologia de crimes que lhes permitem atingir o seu principal objetivo: o lucro.

Assim, a resposta tem que ser adequada, pois só assim será eficaz. *“Luego, como forma de lograrse éxito contra las más destacadas formas de actividades delictivas, cada vez más complejas y sofisticadas, en particular contra la delincuencia transfronteriza, sólo se podrá alcanzar este objetivo mediante el uso de técnicas modernas de investigación igualmente complejas.”¹²*

¹¹ PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, p.31 e 32. Tradução livre do autor: “... o problema mais importante do Processo Penal diz respeito à tensão de forças que colocam em choque dois direitos estritamente constitucionais, ou seja, de um lado o direito de punir do Estado representando a segurança pública e do outro o direito às garantias fundamentais reconhecidas às pessoas submetidas à perseguição penal. Dito em poucas palavras, existiria uma relação de tensão entre a efetividade da justiça e os princípios do estado de direito, ou entre o interesse público da eficácia do processo penal e a máxima proteção do arguido. Todavia não se pode esquecer a constatação real e viável de que o conflito de interesses, presente na vida desde o começo da existência humana, é inevitável pelo simples facto da convivência social.”

¹² PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, p.221. Tradução livre do autor: Logo, como forma de se alcançar êxito contra as mais proeminentes formas de criminalidade, cada vez mais complexas e sofisticadas, em particular a criminalidade transfronteiriça, só se poderá alcançar este objetivo mediante o uso de técnicas modernas e complexas de investigação.

De qualquer forma, como bem refere FIGUEIREDO DIAS, a verdade do processo penal deve ser uma verdade judicial, prática e, sobretudo, nunca obtida a qualquer preço, mas sim processualmente válida.¹³

Se é uma realidade, quase insofismável, que a qualidade da investigação criminal depende muito do sistema de justiça penal, das regras do processo penal e das ações e omissões de pessoas concretas, ela depende também dos meios de obtenção de prova de vanguarda que, por norma, estão em estreita ligação com meios tecnológicos sofisticados.

De entre os meios de obtenção de prova, vertidos tanto na lei processual penal como em diversa legislação avulsa, existem aqueles que sendo mais intrusivos que os tradicionais, são mais suscetíveis de contender com os limites de determinados direitos liberdades e garantias.

No entanto, “... *liberdade e segurança não são conceitos antitéticos, são conceitos que se complementam.*”¹⁴

Entendemos que alguns meios de obtenção de prova são especiais/excepcionais, simplesmente porque além de, como já referido, constringirem direitos liberdades e garantias de forma mais acentuada que outros, tendo inclusive despertado ao longo dos tempos, tanto ao nível da jurisprudência como da doutrina, problemas e questões controvertidas. Além do mais, os regimes a eles aplicáveis, são consubstanciados em princípios mais delimitadores e restritivos que os restantes.

¹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, p.194.

¹⁴ Miguel Macedo, Deputado do PSD, intervenção no âmbito da discussão na generalidade da proposta de lei 79/VIII sobre o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e repressão criminal.

Cumpre notar que, os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis, só podendo ser legalmente restringidos nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo por isso as restrições limitar-se ao necessário para salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, conforme art.18º nº1 e nº2 da C.R.P..

Segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁵, o regime de restrição de direitos fundamentais depende de vários pressupostos materiais e requisitos inerentes à própria lei ordinária, salientando-se os mais importantes:

- a restrição deve estar expressamente prevista na Constituição;
- a restrição deve salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos;
- a restrição deve limitar-se ao estritamente necessário, ser proporcional e adequada, e,
- não pode levar à destruição do direito fundamental em causa.

De qualquer forma, *“Têm sido, em geral, admitidas medidas de investigação especiais, como último meio, mas como estritamente necessárias à eficácia da prevenção e combate à criminalidade objetivamente grave, de consequências de elevada danosidade social, que corroem os próprios fundamentos das sociedades democráticas e abertas, e às dificuldades de investigação que normalmente lhe estão associadas, como sucede com o terrorismo, a criminalidade organizada e o tráfico de droga.”*¹⁶

¹⁵ CANOTILHO, G. e MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ªed., Coimbra Editora, 1993, p.148.

¹⁶ Ac. do STJ de 20/02/2003 e referente ao Processo nº02P4510 pesquisado in <http://www.dgsi.pt>.

De entre os meios de obtenção de prova que podem designar-se de especiais, encontramos no nosso ordenamento jurídico, mais concretamente em legislação avulsa, as ações encobertas.¹⁷

*“En principio, se puede afirmar que se trata de un "medio extraordinario de investigación criminal", justificando tal denominación en razón de que el agente encubierto no es parte del rol de las técnicas comunes o tradicionales de descubrimiento de delitos.”*¹⁸

Por ações encobertas entendem-se as diligências levadas a cabo por funcionários de investigação criminal ou por terceiros, sob o controlo da Polícia Judiciária, para prevenção ou repressão dos crimes indicados no RJAe e com ocultação da sua identidade.¹⁹

O funcionário de investigação criminal, ou terceiro sob o controlo da Polícia Judiciária, quando em ação encoberta, são designados pela doutrina e jurisprudência nacional como “agente infiltrado” ou “agente encoberto”. A nível internacional são designados de *agente encubierto*, *undercover agent*, ou *untergrundfahnder*.

No ordenamento jurídico nacional, apesar do regime legal não os diferenciar, há entendimentos, ao nível da doutrina, de estruturação diferenciada entre as designações de agente encoberto e de agente infiltrado.

É concretamente sobre este meio de obtenção de prova, as ações encobertas, que versa o nosso trabalho. No entanto, importa delimitar o objeto da nossa caminhada, de forma que se torne preciso o trilho a percorrer.

¹⁷ Regime Jurídico das Ações Encobertas para fins de Prevenção e Repressão Criminal (RJAe) – Lei nº101/2001 de 25 de agosto.

¹⁸ PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, p.277.

¹⁹ Artigo 1º nº2 da Lei nº101/2001 de 25 de agosto.

a) Objeto

NATALIE L. SPROULL, afirma que, “*choosing the object(s) of analysis is really the first and crucial stage of methodological definition*”.²⁰

O regime jurídico das ações encobertas, enquanto meio de obtenção de prova enquadrado no direito processual penal, tem sido um tema largamente abordado ao nível da doutrina e rico pela jurisprudência portuguesa, essencialmente no que diz respeito ao problema do agente encoberto *versus* agente provocador. No entanto, não é esse o objeto de estudo deste nosso trabalho.

A ação encoberta, sendo uma operação melindrosa e complexa, tem levantado diversas questões controvertidas, fruto, no nosso entendimento, de uma deficitária regulamentação do próprio RJAÉ, deixando assim nas mãos do julgador a respetiva interpretação. Um dos focos de ambiguidade, e que tem previsão expressa no n.º 4 do artigo 4.º do RJAÉ, diz respeito às circunstâncias em que um agente encoberto tem que prestar declarações e às condições de segurança em que essas declarações devem ser prestadas em audiência de julgamento.

A mencionada disposição legal refere que, no caso de o juiz de julgamento determinar, com fundamento na “*indispensabilidade da prova*”, que o agente encoberto tem que prestar declarações em audiência de julgamento, deverá ser sempre observado o pressuposto da audiência não pública prevista no n.º 1 do artigo 87.º do CPP e deve de igual forma ser aplicado o regime jurídico da proteção de testemunhas previsto na Lei n.º 93/99 de 14 de julho. A mesma norma não especifica, contudo, qual ou quais das medidas deve ser adotada de entre as várias previstas.

²⁰ SPROULL, Natalie L., *Handbook of Research Methods: a guide for practitioners in the social sciences*, p.107.

Assim, ao longo desta caminhada, iremos abordar no CAPÍTULO II, embora não exaustiva, porquanto não é o objeto principal do nosso trabalho, a evolução histórica das ações encobertas/do agente encoberto e a evolução legislativa das ações encobertas/agente encoberto ao nível do nosso ordenamento jurídico.

Ainda no mesmo Capítulo iremos elencar e definir os diferentes tipos de ações encobertas numa perspectiva jurídica e de investigação criminal, quais os requisitos e princípios legais das ações encobertas no nosso ordenamento jurídico, qual o estatuto do agente encoberto no âmbito do Direito Processual Penal e a admissibilidade da prova por si produzida.

Por último, procederemos à comparação com ordenamentos jurídicos que influenciaram, ou mais se aproximam do RJAÉ, a saber os regimes jurídicos alemão e espanhol e ainda, ao nível da *commom law*, os regimes jurídicos da Inglaterra e dos Estados Unidos da América.

Seguidamente, no CAPÍTULO III, vamos abordar os pressupostos das declarações do agente encoberto em audiência de julgamento e a necessidade de fundamento do requisito legal da indispensabilidade de prova que é exigido. Ainda neste contexto, abordaremos a aplicação da lei de proteção de testemunhas aquando do depoimento do agente encoberto e a sua correlação com o princípio do contraditório e com o direito por parte do arguido a um processo equitativo.

Nesse capítulo será ainda efetuada uma comparação, mais específica que no CAPÍTULO II, com os ordenamentos jurídicos da Alemanha, da Espanha, da Inglaterra e dos Estados Unidos da América, no que diz respeito aos pressupostos e condições de prestação das declarações do agente encoberto em audiência de julgamento.

No CAPÍTULO IV retiraremos as respectivas conclusões ao presente trabalho.

b) Relevância do tema

O tema que nos propomos abordar é atual pois, como bem refere COSTA ANDRADE, *“Esta súbita e frequente presença do homem de confiança na praxis jurídico-processual veio despertar uma série de problemas e de aporias do foro ético e jurídico-normativo, cuja equacionamento e superação ensaiam ainda os primeiros passos.”*²¹

As ações encobertas enquanto meio de obtenção de prova têm despertado, pelo menos nas últimas décadas, um vasto interesse por parte da doutrina e da jurisprudência, fruto das diferentes problemáticas jurídico-processuais que acarretam e cujos contornos jurídicos continuam fluídos e, por isso suscetíveis de continuada discussão.²²

Nesse sentido FÁVIO CARDOSO PEREIRA afirma que, *“En cualquier caso, uno de los temas más controvertidos en él ámbito del Derecho procesal, especialmente en la parte de la investigación criminal, se refiere a la cuestión de la actuación de los agentes encubiertos o infiltrados y por consecuencia, la valorización de las pruebas producidas a través de este método extraordinario de investigación y también indirectamente, de búsqueda de la prueba penal.”*²³

²¹COSTA ANDRADE, Manuel da, *As proibições de prova em processo penal*, p.221.

²²PAIVA, Vitor, *Agente Infiltrado, no âmbito de ação encoberta*, p.185.

²³PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, p.226. Tradução livre do autor: Em qualquer caso, um dos temas mais controvertidos no Direito Processual, especialmente na parte da investigação criminal, refere-se á questão da atuação dos agentes encobertos ou infiltrados e por consequência, a valoração das provas produzidas através deste método extraordinário de investigação e também indiretamente, de procura da prova penal.

De qualquer forma, este meio de obtenção de prova, pela suposta importância no combate à criminalidade organizada, viu o catálogo de crimes alargado com o novo RJAЕ, tendo também sido adotado como instrumento de cooperação judiciária internacional.²⁴

As ações encobertas são cada vez mais utilizadas e consideradas como um meio de obtenção de prova eficaz no combate à criminalidade organizada e terrorismo, não só a nível nacional como internacional.

Desde a entrada em vigor do novo RJAЕ vários trabalhos académicos têm sido elaborados sobre a mesma questão que se encontra já amplamente assente na doutrina e jurisprudência. Referimo-nos ao problema do agente encoberto enquanto agente provocador.

No entanto, sobre a problemática da forma como e quando o agente encoberto deve prestar declarações em audiência de julgamento, e a sua correlação com o princípio do contraditório e o direito a um processo equitativo pelo arguido, não é conhecido (tanto quanto foi permitido pesquisar) qualquer trabalho académico público. De igual forma, não é abundante a jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) sobre este tema, e ainda assim há decisões jurídicas controvertidas.

No decorrer de uma investigação criminal em que for autorizada e desencadeada uma ação encoberta só exceccionalmente o juiz de julgamento terá conheci-

²⁴ A nível internacional, a Lei nº 104/2001 de 25 de agosto alterou a Lei nº 144/99 de 31 de agosto que aprovou a Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal e aditou o art.160º-B que permite a funcionários de outros Estados desencadear ações encobertas em Portugal com estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal portugueses de acordo com o princípio da reciprocidade e dependente de um pedido baseado em acordo, tratado ou convenção internacional.

Atendendo à eficácia de tal meio de prova a Organização das Nações Unidas (ONU) no art.20º da Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, sobe a epígrafe “técnicas especiais de investigação”, incita mesmo os estados a adotarem medidas necessárias para permitir, quando considerem adequado, o recurso a ações encobertas a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.

mento que a mesma existiu, porquanto tal não é garantido pelo RJAE. De qualquer forma, caso o tribunal venha a ter conhecimento desse meio de obtenção de prova, o agente encoberto só prestará declarações “*por indispensabilidade da prova*”.²⁵ E, nessa condição e com tal fundamento, as suas declarações são prestadas mediante determinados pressupostos, i.e., a audiência deixa de ser pública e o agente “pode” prestar declarações através de teleconferência com distorção de voz e imagem, de acordo com o previsto pela Lei de Proteção de Testemunhas. Contudo, o legislador não se pronuncia quanto à aplicação direta de uma medida protetiva específica aquando da prestação de declarações do agente encoberto em audiência de julgamento, deixando assim dúvidas se um agente encoberto é uma testemunha *tout court*.

Neste âmbito, ressalta desde logo o seguinte problema: caso seja entendido que deve ser sempre aplicada a medida protetiva de prestação de declarações através de teleconferência com distorção da imagem e do som, se tal não prejudica o princípio do contraditório e o direito do arguido a um processo equitativo.

É assim, com este objeto, que pretendemos laborar e levar a bom porto tal *desideratum*.

c) Problemas

De acordo com o objeto expandido, levantam-se um conjunto de questões a que, no decorrer deste trabalho, nos propomos responder, chegando eventualmente, a algumas conclusões.

²⁵ Artigo 4º nº4 da Lei 101/2001 de 25 de agosto que aprovou o RJAE.

Assim:

- Deverá o agente encoberto ser considerado como uma testemunha *tout court*?
- Devem as declarações do agente encoberto ser sempre prestadas por teleconferência e com distorção de voz e imagem?
- As declarações prestadas nas condições referidas ferem o princípio do contraditório e o direito a um processo equitativo por parte do arguido?

d) Metodologia

Como diz JOHN SUMSER, “*social science research methods are the rules of the game of «looking». By following these rules, we can know that we have drawn the clearest picture possible of the aspect of life that is being studied*”.²⁶

Uma vez definido o objeto da investigação, a primeira questão que deve ser colocada ao investigador é qual a metodologia a ser usada.

EARL BABBIE afirma que, “*research design addresses the planning of scientific inquiry – designing a strategy for finding out something. Although the special details vary according to what you wish to study, there are two major aspects of research design. First, you must specify precisely what you want to find out. Second, you must determine the best way to do that*”.²⁷

²⁶ SUMSER, John, *A Guide to Empirical Research in Communication – rules for looking*, p.3.

Tradução livre do autor: Os métodos de pesquisa em ciências sociais são as regras do jogo do «olhar». Seguindo essas regras, podemos saber que temos desenhado a imagem mais nítida possível do aspeto da vida que está sendo estudado

²⁷ BABBIE, Earl, *The Practice of Social Research*, p.79.

Tradução livre do autor: O projeto de pesquisa aborda o planeamento da investigação científica – concebendo a estratégia para encontrar algo. Embora os detalhes especiais variem de acordo com o que se quer estudar, há dois aspetos importantes no projeto de pesquisa. Primeiro, deve ser especificado o que é que se pretende descobrir. Em segundo deve ser determinado a melhor maneira de o conseguir.

Pesquisar do ponto de vista da investigação social é, em termos genéricos, um processo sistemático e rigoroso de investigação que desenvolve o conhecimento. A pesquisa jurídica compreende, de igual forma, os mesmos processos. Uma das razões justificativas de se fazer pesquisa jurídica é exatamente a necessidade de compreensão de determinado instituto jurídico de forma a ter suporte na argumentação de eventuais propostas de alteração.

A pesquisa jurídica pode dividir-se em pesquisa doutrinária ou não doutrinária. A diferença entre ambas resume-se ao facto da pesquisa não doutrinária ser qualitativa e quantitativa e a pesquisa doutrinária ser meramente qualitativa, pois não envolve a análise estatística de dados. De qualquer forma, ambos os tipos de pesquisa podem sobrepor-se ou conjugar-se e, assim, dar origem a um terceiro método – o de comparação jurídica.

A pesquisa doutrinária questiona o entendimento do direito sobre determinada questão. Este método de investigação é principalmente utilizado para estudar o direito substantivo e respetivas teorias, assim como decisões jurisdicionais e teorias de interpretação jurídica.

Por sua vez, a pesquisa não doutrinária, também conhecida como sociojurídica, emprega métodos igualmente utilizados por outras disciplinas, criando dados empíricos de forma a ajudar a dar respostas aos problemas que se colocam na pesquisa.

A abordagem através da pesquisa não doutrinária permite ao investigador realizar uma pesquisa interdisciplinar, interpretando o direito na perspetiva de outras ciências e empregando estas ciências para criar legislação.

A comparação de estudos jurídicos, enquanto terceira técnica de pesquisa, é normalmente utilizada para estudo da legislação, jurisprudência e doutrina, em par-

ricular de legislação estrangeira. Estimula o conhecimento das características culturais e sociais da legislação, providenciando ainda uma compreensão única de como a legislação se desenvolve e se aplica em diferentes culturas. Facilita também o conhecimento da função das regras e dos princípios da legislação, explorando assim de forma detalhada o conhecimento sobre essa mesma legislação de forma a compreendê-la, a preservá-la ou acompanhar a sua evolução. Esta metodologia é adequada ao processo de desenvolvimento legislativo, onde a modificação, emenda ou alteração é solicitado.

Este método de pesquisa é descritivo, explicativo ou exploratório, dependendo dos objetivos da investigação assim como de muitos outros fatores.

A escolha de determinados ordenamentos jurídicos em detrimento de outros não deve ser uma escolha aleatória, mas antes devidamente fundamentada numa análise prévia de vários elementos objetivos e científicos. Assim, de acordo com a metodologia comparativa podemos deparar-nos com vários critérios que devem ser previamente avaliados e só depois escolhidos para servir como elementos de comparação. De acordo com NATALIE SPROULL²⁸, é possível encontrar duas grandes categorias de métodos: "métodos aleatórios" (aleatória simples e aleatória estratificada) e "métodos não aleatórios". Dentro dos métodos não aleatórios, temos:

- Métodos sistemáticos: são mais baratos, mais fáceis e mais rápidos com uma grande população e com vários objetos.
- Métodos intencionais: objetos que possuem algumas características específicas pretendidas pelos investigadores.
- Métodos de conveniência: são mais rápidos para analisar.
- Métodos de cotas: o investigador escolhe uma amostra que é proporcional à população e às características selecionadas.

²⁸ SPROULL, Natalie L., *Handbook of Research Methods: a guide for practitioners in the social sciences*, p.107.

Desta forma, é fundamental que o investigador especifique a opção metodológica e as razões da sua escolha.

O processo de investigação jurídica, é único. Contudo, o investigador inicia o seu trabalho procurando o problema que deseja estudar. Seguidamente, pesquisa bases de dados bibliográficas de forma a identificar fontes secundárias, tais como revistas, artigos escolares e enciclopédias jurídicas. Estas fontes secundárias são fundamentais na investigação jurídica, pois indicam ao investigador as fontes primárias do direito, nomeadamente legislação e jurisprudência. Indicam ainda o desenvolvimento da legislação no respetivo ramo do direito.

O investigador deve analisar detalhadamente a legislação utilizando métodos específicos de interpretação, nomeadamente, estudando o sentido literal das palavras e as designadas “*golden rules*”.²⁹

Além da análise da legislação e dos seus princípios, a análise pormenorizada dos factos e dos fundamentos das decisões (sentenças e acórdãos) dos tribunais, afigura-se fundamental para identificar os princípios aplicados que permitiram chegar a tais decisões.

Assim, para a elaboração do nosso trabalho e atendendo ao tipo de objeto definido e aos problemas equacionados, e recorreu-se às técnicas documentais ou doutrinárias (recolha e análise bibliográfica, recolha e análise documental), com vista a produzir um conjunto amplo e variado de informação subjacente ao aprofundamento do tema.

²⁹ ADILAH, Abd Razak, *Understanding Legal Research*, p.22,
Tradução livre do autor: Regras chave.

A análise bibliográfica e documental, técnicas, aliás, a aplicar ao longo de todo o processo de pesquisa, com o intuito de explorar intensivamente a informação disponível relativa ao quadro teórico.

Foi assim selecionada bibliografia (livros, teses, revistas e artigos científicos, etc) genérica sobre o tema “Ações Encobertas”, e no que diz respeito à questão concreta das declarações do agente encoberto em audiência de julgamento, devido à inexistência de bibliografia específica, recorrer essencialmente ao estudo da própria legislação³⁰, incluindo os respetivos trabalhos preparatórios e a jurisprudência nacional e europeia. A análise de diversas decisões, algumas mesmo contraditórias, permitirá analisar os diferentes fundamentos de facto e de direito.

Já na pesquisa empírica ou não doutrinária, será utilizado o método de recolha de dados através de entrevistas, por forma a colmatar as parcas fontes existentes sobre este tema. A escolha desta técnica em detrimento de outras deve-se ao facto de ser aquela que permite obter o depoimento dos diferentes atores judiciais que participam e avaliam diretamente a utilização deste meio de obtenção de prova.

Relativamente ao Capítulo que vai versar sobre o estatuto do agente encoberto no ordenamento jurídico português e o Capítulo sobre as declarações do agente encoberto em audiência de julgamento, iremos proceder, neste âmbito, a uma comparação com os sistemas jurídicos da Alemanha, da Inglaterra, da Espanha e dos Estados Unidos da América.

Estes, foram escolhidos, preterindo outros, através da metodologia comparativa e do método intencional em virtude das respetivas características.

³⁰ Lei nº 101/2001 de 25 de agosto que aprovou o RJAE, Lei nº 93/99 de 14 de julho que Regula a aplicação de medidas de proteção de testemunhas (LPT) em processo penal, Decreto-Lei nº190/2003 de 22 de agosto que regulamenta a Lei nº93/99 e a segunda parte do nº1 do art.87º do Código de Processo Penal.

A escolha do modelo alemão deveu-se ao facto de se tratar de um ordenamento jurídico que teve grande influência no nosso direito penal e processual penal. Já o modelo espanhol foi selecionado por ter diversas semelhanças com o modelo português. No que diz respeito aos ordenamentos jurídicos inglês e norte-americano a escolha deveu-se ao fato de serem sistemas jurídicos baseados na *common law*, por contraposição ao sistema jurídico romano-germânico como é o português, tendo assim sido considerados como emblemáticos para o elenco e uma análise comparativa das respectivas diferenças.

CAPITULO II

1. O Agente Encoberto no ordenamento jurídico português – Enquadramento Histórico – Legislativo

a) Gênese histórica

A figura do agente encoberto surge no Século XVII e XVIII em França, mais concretamente na polícia de Paris, sendo designados de “*observateurs*” por trabalharem na clandestinidade para o inspetor da polícia parisiense com a missão de escutar e informar.

*“On dit que l’origine du type provocateur se trouve dans la royauté et dans les pratiques du XVII et XVIII siècle en France. Ces agents provocateurs dénonçaient à la Police afin d’obtenir une récompense du Roi ou des autorités officielles, les personnes qui avaient des idées considérées subversives, en les incitant tout d’abord à affirmer leurs opinions. La Police du Roi Louis XI, plus particulièrement, avait recours à des complots en provoquant les criminels potentiels à commettre des crimes et des crimes ordinaires.”*³¹

Esta figura confundia-se, já nessa época, com a figura do agente provocador, que abordaremos mais adiante, sendo que, este último, além das funções anterior-

³¹ Parecer do Conselho Consultivo da PGR nº P000501994 de 22/06/1995, pesquisado no sítio <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/36114ab34d8a6e458025661700422a52?OpenDocument> em 27/04/2014.

Tradução livre do autor: A origem do tipo provocador provém da realeza e nas práticas do século XVII e XVIII em França. Estes agentes provocadores denunciavam à Polícia a fim de obterem uma recompensa do rei ou das autoridades oficiais, as pessoas que tinham ideias consideradas subversivas incitando-os primeiramente a afirmar as suas opiniões. A polícia do Rei Luis XI, mais particularmente, recorria a intrigas provocando os potenciais criminosos a cometer crimes e pequenas infrações.

mente referidas, tinha também por missão provocar e prender os suspeitos vigiados. Os agentes provocadores eram utilizados não só na repressão do crime como também em questões políticas e de imprensa.³²

A figura do agente provocador tem sido, segundo MUÑOZ SÁNCHEZ, uma técnica de luta contra a criminalidade que, apesar de há muito criada, é constantemente utilizada por diversos regimes políticos. O mesmo autor confirma mesmo que a origem desta figura teve lugar no período do absolutismo francês, durante o qual, foi criada a figura do delator para reforçar o regime, designação utilizada para os cidadãos que descobriam os inimigos políticos em troca de favores do príncipe. Nessa época, a atividade dos delatores limitava-se a espiar e a dar conhecimento dos factos às autoridades sem que houvesse qualquer provocação dos suspeitos. No entanto, com o passar do tempo, a atividade de vigiar revelou-se não ser suficiente para neutralizar a oposição ao regime tendo-se então transitado da mera espionagem para a provocação.³³

Segundo ISABEL ONETO,³⁴ a figura do agente provocador era também uma realidade existente no Reino Unido na mesma época, sendo que os designados de “informadores” eram usados para obter provas incriminatórias. Eram mesmo concedidas recompensas e imunidades àqueles que entregavam à justiça certos criminosos, pagamento esse que se manteve ao longo do século XIX.

De qualquer forma, o termo “*agent provocateur*” em concreto só foi reconhecido no Reino Unido em 1928, quando a *Royal Commission on Police Powers* definiu a figura como sendo aquele indivíduo que incita outrem a cometer uma determinada infração à lei que, de outra forma não a teria cometido, e que depois presta depoimento contra esse mesmo indivíduo.

³² MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, p.21.

³³ SÁNCHEZ, Juan Muñoz, *La Moderna Problemática Jurídico Penal del Agente Provocador*, p.21.

³⁴ ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado*, p.24.

A mesma autora refere que em Espanha, a figura do agente provocador começou a ser usada no tempo da Inquisição com a finalidade de procurar manifestações heréticas e aumentar a eficácia policial.

Por último, ISABEL ONETO,³⁵ refere também que, em Portugal, em 1906, um autor desconhecido, num texto denominado de “*Os Agentes Provocadores*”, considerou o recurso a estes agentes como uma forma de corrupção utilizada por todos os regimes políticos.

Assim, verifica-se que toda a problemática histórica se concentrou essencialmente no agente provocador como sendo uma figura inerente ao agente encoberto/infiltrado, na qual este se transformava quase automaticamente.

b) Evolução legislativa no ordenamento jurídico português

O RJAЕ atual, aprovado pela Lei nº 101/2001 de 25 de agosto, foi alvo de uma extensa evolução tornando-se, ao longo dos tempos, mais abrangente em função das necessidades securitárias do Estado.

A primeira referência legislativa no ordenamento jurídico português relativa à figura do agente encoberto/ações encobertas constava do art.52º do Decreto-Lei 430/83 de 13 de dezembro.

Artigo 52.º

Conduta não punível

1 - Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito preliminar, e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas.

2 - O relato de tais factos será junto ao processo no prazo máximo de 24 horas.

³⁵ ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado*, p.25.

O referido diploma continha o regime jurídico de combate ao tráfico e consumo de estupefacientes e de substância psicotrópicas, tendo sido aprovado no seguimento da ratificação, em 1971, da Convenção Única de 1961 sobre estupefacientes e da adesão em 1979 à Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971.

Pretendeu-se com esse regime, adaptar o direito interno à luta que a comunidade internacional vinha empreendendo contra o tráfico e consumo de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas.

Então, as ações encobertas estavam apenas legalmente previstas para o crime de tráfico de estupefacientes e no âmbito do então designado de inquérito preliminar. Só aos funcionários de investigação criminal era legalmente permitido o desenvolvimento de ações encobertas, estando assim vedada tal possibilidade a terceiros, mesmo no caso de existência de controlo pelos primeiros.

De qualquer forma, a conduta não punível (epígrafe do artigo), abrangia o recebimento direto de produto estupefaciente ou a entrega, aqui já através de um terceiro, também de estupefacientes.

O funcionário de investigação criminal desenvolvia a ação encoberta sem revelação da sua qualidade ou identidade, sendo que o relato das diligências efetuadas devia ser junto ao processo no prazo máximo de 24 horas.

A aprovação da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988³⁶, ratificada por Portugal atra-

³⁶ Tal instrumento de direito internacional público visava prosseguir três objetivos fundamentais. Em primeiro lugar, privar aqueles que se dedicavam ao tráfico de estupefacientes do produto das suas atividades criminosas, suprimindo, desse modo, o seu móbil ou incentivo principal e simultaneamente evitando que a utilização de fortunas ilicitamente acumuladas permitisse a organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas do Estado, as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis.

vés da Resolução da Assembleia da República nº29/91 e Decreto do Presidente da República nº45/91³⁷, são as razões apontadas para a revogação do Decreto-Lei nº 430/83 de 13 de dezembro pelo Decreto-Lei nº15/93 de 22 de janeiro.

O supramencionado diploma manteve inalterado o texto constante do art.52º do Decreto-Lei nº 430/83 de 13 de dezembro, passando a corresponder a nível sistémico ao artigo 59º.

No âmbito deste art.59º e do art.61º³⁸ do Decreto-Lei nº 15/93 de 22 de janeiro a Polícia Judiciária solicitou um parecer³⁹ ao Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República em forma de questões, incluindo a seguinte:

- *“será possível a utilização de agentes encobertos ou sob cobertura, na terminologia mais utilizada por quase todos os países, ou de homens de confiança da polícia (nomeadamente empregados bancários, agentes ou angariadores de seguros, operadores cambistas, etc) em operações que tenham por base a investigação de redes ou organizações que se dediquem ao branqueamento de capitais – E caso seja possível a utilização desses agentes encobertos podem ser de nacionalidade estrangeira?”*

O Conselho Consultivo, relativamente a esta questão foi perentório e concluiu que só é possível a utilização de agentes encobertos ou infiltrados nos preci-

Em segundo lugar, pretendia adotar medidas adequadas ao controlo e fiscalização dos precursores, produtos químicos e solventes, substâncias utilizáveis no fabrico de estupefacientes e de psicotrópicos e que, pela facilidade de obtenção e disponibilidade no mercado corrente, conduziam ao aumento do fabrico clandestino de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas.

Em terceiro lugar, reforçar e complementar as medidas previstas na Convenção sobre Estupefacientes de 1961, modificada pelo Protocolo de 1972, e na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, colmatando falhas e potenciando os meios jurídicos de cooperação internacional em matéria penal.

³⁷ Publicados no Diário da República, de 6 de Setembro de 1991.

³⁸ Aborda o regime das “entregas controladas”.

³⁹ Parecer nº P000501994 do Conselho Consultivo da PGR de 22-06-1995, consultado no sítio <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/36114ab34d8a6e458025661700422a52?OpenDocument> em 27/04/2014.

sos termos que art.59º do Decreto-Lei nº15/93 especifica (não permitindo o recurso à analogia).

Em 1994 o legislador adotou Medidas de Combate à Corrupção e à Criminalidade Económica e Financeira através da Lei nº36/94 de 29 de setembro, sendo que o seu art.6º tinha a seguinte redação.

Artigo 6º
Actos de colaboração ou instrumentais

- 1 – É legítima, com vista à obtenção de provas em fase de inquérito, a prática de actos de colaboração ou instrumentais relativos aos crimes previstos no nº1 do artigo1º do presente diploma.*
- 2 – Os actos referidos no número anterior dependem sempre da prévia autorização da autoridade judiciária competente.*

Desta forma, na fase de inquérito, e mediante prévia autorização da autoridade judiciária competente, o Ministério Público, como *dominus* dessa mesma fase, era legítima a prática de atos de colaboração ou instrumentais relativamente aos crimes de corrupção, peculato, participação económica em negócio, administração danosa em unidade económica do sector público, fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito, infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada com recurso à tecnologia informática e infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional.

Esses atos eram legítimos apenas se tivessem como finalidade obter prova, excluindo assim a finalidade de prevenção criminal.

Em 1996 com a Lei nº 45/96 de 03 de setembro procedeu-se à quarta alteração do Decreto-Lei nº15/93 de 22 de janeiro que, além de outros artigos, alterou o art.59º e aditou o art.59º-A com a seguinte redação:

Artigo 59.º
Condutas não puníveis

- 1 - Não é punível a conduta de funcionário de investigação criminal ou de terceiro actuando sob controlo da Polícia Judiciária que, para fins de prevenção ou repressão criminal, com ocultação da sua qualidade e identidade, aceitar, detiver, guardar, transportar ou, em sequência e a solicitação de quem se dedique a essas actividades, entregar estupefacientes, substâncias psicotrópicas, precursores e outros produtos químicos susceptíveis de desvio para o fabrico ilícito de droga ou precursor.*
- 2 - A actuação referida no n.º 1 depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente, a proferir no prazo máximo de cinco dias e a conceder por período determinado.*
- 3 - Se, por razões de urgência, não for possível obter a autorização referida no número anterior, deve a intervenção ser validada no primeiro dia útil posterior, fundamentando-se as razões da urgência.*
- 4 - A Polícia Judiciária fará o relato da intervenção do funcionário ou do terceiro à autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo daquela.*

Artigo 59.º-A
Protecção de funcionário e de terceiro infiltrados

- 1 - A autoridade judiciária só ordenará a junção ao processo do relato a que se refere o n.º 4 do artigo anterior se a reputar absolutamente indispensável em termos probatórios.*
- 2 - A apreciação da indispensabilidade pode ser remetida para o termo do inquérito ou da instrução, ficando entretanto o expediente, mediante prévio registo, na posse da Polícia Judiciária.*
- 3 - No caso de o juiz determinar, por indispensabilidade da prova, a comparência em audiência de julgamento do funcionário ou do terceiro infiltrados, observará sempre o disposto na segunda parte do n.º 1 do artigo 87.º do Código de Processo Penal.*

Um dos motivos que constam do anteprojeto e que serviram de fundamento para a alteração do art.59º e criação do art.59ºA do Decreto-Lei nº15/93 de 22 de janeiro foi:

“Mas sabido que o simples efeito dissuasor de penas mais graves será insuficiente se não for conjugado com medidas complementares de carácter processual, ampliam-se as possibilidades de actuação do "agente encoberto" ou "infiltrado", visando reforçar a prevenção e a repressão do tráfico de droga e das associações criminosas que a ele se dedicam”

Verifica-se assim, numa primeira análise sistemática, que o legislador pretendeu regulamentar com mais precisão a figura do agente encoberto, já que esten-

deu consideravelmente o seu regime legal, passando de um simples artigo com dois números para dois artigos com vários números.

Admitiu-se então, e pela primeira vez, que as ações encobertas poderiam ter como finalidade, não só a repressão, mas também a prevenção criminal. Ou seja, passou a ser possível a utilização de ações encobertas antes da ocorrência de qualquer facto ilícito típico.

Além de ser mais abrangente, o novo regime também elencava quais as condutas justificadas do funcionário de investigação criminal encoberto e clarificava que a intervenção de um terceiro tinha que ser com controlo da Polícia Judiciária.

Era ainda estipulado um prazo (cinco dias) para a autoridade judiciária proferir o despacho de autorização e esta autorização tinha validade por um determinado período, não especificando contudo qual o período e o prazo máximo.

Em situações de urgência admitia-se que a intervenção do agente encoberto fosse validada no primeiro dia útil posterior pela autoridade judiciária.

Alargava o prazo, de 24 para 48 horas, após o termo da ação encoberta, para feitura do respetivo relato e remessa à autoridade judiciária competente.

Regulamentou-se pela primeira vez as circunstâncias da junção do referido relato ao processo com o fundamento “*absolutamente indispensável em termos probatórios*”.

Essa decisão podia ser tomada apenas no final da fase de inquérito ou no final da fase de instrução ficando, entretanto, o expediente na posse da Polícia Judiciária.

Não havia qualquer referência à fase de julgamento, o que podia acarretar que o juiz de julgamento nunca chegasse a ter conhecimento que, na fase de inquérito, tinha ocorrido uma ação encoberta.

No entanto, no nº3 do art. 59ºA o legislador introduziu a possibilidade de o juiz, referindo-se ao juiz de julgamento, por “*indispensabilidade de prova*”, convocar o agente encoberto (funcionário de investigação criminal ou terceiro) a prestar declarações em audiência de julgamento. De qualquer forma, sempre que tal ocorresse, o ato deveria ocorrer com exclusão da publicidade, nos termos do disposto na segunda parte do nº1 do artigo 87º do CPP.

Foi ao abrigo desta disposição que se abordou pela primeira vez a questão da prestação de declarações em audiência de julgamento pelo agente encoberto, com fundamento no pressuposto de indispensabilidade de prova. Ou seja, o agente encoberto só prestaria declarações se houvesse uma necessidade acrescida em termos probatórios, não sendo assim considerado como uma testemunha *tout court*. Além disso, sempre que o fundamento subjetivo de indispensabilidade fosse invocado, as declarações seriam sempre prestadas com exclusão da publicidade e sem ser necessário despacho judicial a fundamentar tal exceção ao princípio da publicidade da audiência de julgamento.

A referida alteração legislativa teve o parecer favorável do Conselho Consultivo da PGR, que concluiu:

“Nada a observar, em planos de legalidade e, mesmo, de formulação e conteúdo jurídico, quanto às disposições propostas, visto que:

- *A redação proposta, para o nº 1, relativa ao funcionário "infiltrado", é bem mais abrangente e precisa que a vigente;*

- *A não punibilidade da conduta do terceiro "infiltrado" (nº 2) não viola qualquer direito fundamental nem regras ou princípios do processo penal.*”⁴⁰

Este regime manteve-se desde 1996 até à entrada em vigor do atual RJAЕ, com a Lei nº101/2001 de 25 de fevereiro.

No sentido de ampliar o âmbito das ações encobertas a outros tipos de crime, o legislador aprovou o atual regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e repressão criminal através da Lei nº101/2001 de 25 de fevereiro, alterado pela Lei nº60/2013 de 20 de agosto, revogando expressamente os arts.59º e 59ºA do Decreto-Lei nº15/93 de 22 de janeiro e o art.6º da Lei nº36/94 de 29 de setembro.

Na exposição de motivos⁴¹ da proposta de lei nº79/VIII, que visava a alteração do RJAЕ, o Ministro da Justiça alegou a necessidade de uma maior eficácia no combate à criminalidade, o que significava uma maior segurança para os cidadãos. Tal desiderato só se conseguiria melhorando a prevenção do crime grave e organizado, e na recolha de prova, de forma a assegurar a efetiva condenação dos criminosos. Considerou ainda a atuação encoberta como um mecanismo importantíssimo de investigação criminal no combate à criminalidade mais grave e ao crime organizado.

Referiu também que a proposta de alteração do RJAЕ visava também alargar o seu âmbito de aplicação, aumentando o elenco de crimes em que seria permitido recorrer a ações encobertas e diluindo também algumas dúvidas que a jurisprudência vinha encontrando.

⁴⁰ Parecer nº I000251996 do Conselho Consultivo da PGR de 23/04/1996, consultado no sítio <http://www.dgsi.pt/pgpr.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/562f764a15e1a58b8025661700423ce9?OpenDocument> em 27/04/2014.

⁴¹ Diário da Assembleia da República, I Série, nº99, de 22 de junho de 2001.

Por último, afirmou que o novo RJAЕ deveria preservar as garantias de defesa em processo penal e salvaguardar a segurança dos agentes envolvidos na investigação. Neste último pressuposto, considerou que, a segurança dos agentes é um domínio sensível, não só por atuarem junto dos criminosos mas também por estarem sujeito a represálias. Assim, o novo RJAЕ pretendia instituir o princípio da não obrigatoriedade de participação numa ação encoberta por parte de qualquer funcionário de investigação criminal, prever regras de proteção do agente no que toca aos meios pelos quais a prova assim produzida é apresentada no processo e criar um regime de identidade fictícia.

O parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias⁴² (CACDLG), sobre a proposta de lei 79/VIII, elencou as soluções normativas mais relevantes:

- a) *“Alargamento do elenco de crimes em cuja investigação se pode recorrer a actuações encobertas;*
- b) *Controlo jurisdicional das investigações encobertas – sujeitas aos princípios da necessidade e proporcionalidade – com necessidade de autorização de magistrado e controlo jurisdicional a posteriori dessa mesma actuação e da prova obtida;*
- c) *Regras de protecção do agente no que toca aos meios pelos quais a prova assim produzida é apresentada no processo;*
- d) *Criação de um regime de identidade fictícia;*
- e) *Regime de isenção da responsabilidade criminal dos agentes da polícia criminal por factos típicos praticados no decurso da investigação encoberta.”*

A referida proposta de lei teve ainda o seguinte parecer da CACDLG:

⁴² Diário da Assembleia da República, 31 de maio de 2001, II Série A – nº62, p.2056 e ss..

*“A proposta de lei nº 79/VIII preenche os requisitos constitucionais e legais, pelo que está em condições de subir ao Plenário da Assembleia da República para apreciação e votação.”*⁴³

A nível internacional, a Lei nº 104/2001 de 25 de agosto alterou a Lei nº 144/99 de 31 de agosto que aprovou a Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal e aditou o art.160º-B.

Artigo 160.º-B
Acções encobertas

- 1 - Os funcionários de investigação criminal de outros Estados podem desenvolver acções encobertas em Portugal, com estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal portugueses e nos demais termos da legislação aplicável.*
- 2 - A actuação referida no número anterior depende de pedido baseado em acordo, tratado ou convenção internacional e da observância do princípio da reciprocidade.*
- 3 - A autoridade judicial competente para a autorização é o juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal, sob proposta do magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP).*

Assim, no seguimento da aprovação da Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal⁴⁴ entre os Estados Membros da União Europeia, assinada em Bruxelas em 29 de Maio de 2000, pela Resolução da Assembleia da República nº63/2001 de 21 de junho de 2001, ratificada pelo Decreto do Presidente

⁴³ Diário da Assembleia da República, 31 de maio de 2001, II Série A – nº62, pg.2056 e ss..

⁴⁴ Nomeadamente devido ao seu artigo 14º que aqui se reproduz:

Artigo 14.º
Investigações encobertas

- 1 - Os Estados membros requerente e requerido podem acordar prestar auxílio na realização de investigações criminais por agentes encobertos ou que actuem sob falsa identidade (investigação encoberta).*
- 2 - A decisão relativa ao pedido será tomada caso a caso pelas autoridades competentes do Estado membro requerido, em conformidade com o direito e os procedimentos nacionais desse Estado. A duração da investigação encoberta, as suas modalidades precisas e o estatuto jurídico dos agentes envolvidos serão acordados entre os Estados membros, no respeito pelas legislações e procedimentos nacionais respectivos.*
- 3 - As investigações encobertas serão conduzidas segundo a legislação e os procedimentos nacionais do Estado membro em cujo território se realizam. Os Estados membros envolvidos cooperarão no sentido de assegurar a preparação e a supervisão da investigação encoberta e de tomar as medidas necessárias à segurança dos agentes que actuem encobertos ou sob falsa identidade.*
- 4 - Ao proceder à notificação prevista no n.º 2 do artigo 27.º, qualquer Estado membro pode declarar que não está vinculado pelo presente artigo. Essa declaração pode ser retirada em qualquer momento.*

da República nº 53/2001 de 16 de outubro,⁴⁵ foi aprovada a primeira alteração à Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, que, entre outros, aditou o art.160º - B, conforme já referido.

A presente alteração permite que funcionários de outros Estados desenhassem ações encobertas em Portugal com estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal portugueses, de acordo com o princípio da reciprocidade, e dependente de um pedido baseado em acordo, tratado ou convenção internacional (Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal).

A decisão da ação encoberta cabe ao Estado requerido, através do juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal (TCIC) sob proposta do magistrado do Ministério Público do Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP). Os procedimentos e pressupostos a aplicar às ações encobertas a realizar no território nacional são os previstos no RJAE⁴⁶.

A Lei 109/2009 de 15 de setembro que aprovou a Lei do cibercrime também admite no seu art.19º o recurso a ações encobertas.

Artigo 19.º
Acções encobertas

1 - É admissível o recurso às acções encobertas previstas na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, nos termos aí previstos, no decurso de inquérito relativo aos seguintes crimes:

a) Os previstos na presente lei;

b) Os cometidos por meio de um sistema informático, quando lhes corresponda, em abstracto, pena de prisão de máximo superior a 5 anos ou, ainda que a pena seja inferior, e sendo dolosos, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, a burla qualificada, a burla informática e nas comunicações, a discriminação racial, religiosa ou sexual, as infracções económico-financeiras, bem como os crimes consagrados no Título IV do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

2 – Sendo necessário o recurso a meios e dispositivos informáticos observam-se, naquilo que for aplicável, as regras previstas para a interceptação de comunicações.

⁴⁵ Diário da República, I Série A, nº 240 de 16 de outubro de 2001.

⁴⁶ Art. 14º da Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal.

O referido diploma veio assim a alargar o catálogo de crimes que admitem o recurso a ações encobertas, sendo que essa extensão não é apenas dirigida aos crimes previstos na Lei nº109/2009 de 15 de setembro, antes abrangendo outros crimes aí não previstos, desde que os mesmos sejam cometidos por meio de um sistema informático nos termos que se definem de seguida.

Assim, no novo regime, o legislador pretendeu, primeiramente, abranger todos os crimes cometidos por meio de um sistema informático desde que lhes corresponda, em abstrato, pena de prisão de máximo superior a 5 anos. Seguidamente, particularizou alguns tipos legais que, mesmo punidos, em abstrato, com pena de prisão inferior a 5 anos, são admissíveis as ações encobertas, desde que sejam cometidos com dolo.

Será de referir que, no catálogo do RJAÉ já estava previsto a admissibilidade das ações encobertas na prevenção e repressão dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual a que corresponda, em abstrato, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes. Com a Lei nº 109/2009 de 15 de setembro, o legislador pretendeu abranger os tipos legais⁴⁷ punidos com pena de prisão inferior a 5 anos, desde que os ofendidos sejam menores ou incapazes, e os crimes sejam praticados a título de dolo e cometidos por meio de um sistema informático.

⁴⁷ Art.163º nº2- Coação Sexual; Art.164º nº2 – Violação; Art.167º - Fraude Sexual; Art.169º nº1 – Lenocínio; Art.170º - Importunação Sexual; Art.172º nº2 e nº3 – Abuso Sexual de Menores Dependentes, Art.173º - Actos Sexuais com Adolescentes; Art.174º - Recurso à Prostituição de menores; Art.175º - Lenocínio de Menores; Art.176º - Pornografia de Menores.

c) Definição de Agente Encoberto/Agente Infiltrado/Homens de Confiança

Ao longo dos tempos, a doutrina tem adotado diversas definições para a mesma figura, sendo que dos diversos autores que já se pronunciaram sobre tal realidade, uns têm uma visão mais ampla e outros mais restrita.

COSTA ANDRADE,⁴⁸ adota um conceito extensivo de *Homens de Confiança* como abrangendo “*todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais de perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e atividade. Cabem aqui tanto os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia (Untergrundfanhender, undercover agent, agentes encobertos ou infiltrados), que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto; e que se limitem à recolha de informações (Polizeispitzel, detection), quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime (polizeiliche lockspitzel, agent provocateur, entrapment).*”

Por sua vez, MANUEL MEIREIS⁴⁹ entende, contrariamente à maioria da doutrina, que há alguma diferença entre um agente encoberto e um agente infiltrado, atendendo essencialmente ao respetivo grau de participação. Assim, para este autor, o agente encoberto é o funcionário policial ou um terceiro à sua ordem que, sem revelar a sua identidade, frequenta meios previsivelmente criminosos com o objetivo de recolher possíveis indícios relevantes, mas cuja presença e cuja qualidade não determinam nem influenciam de forma alguma o rumo dos acontecimentos; i.é., naquele lugar e momento poderia estar qualquer outra pessoa e as coisas aconteceriam da mesma forma. Por sua vez, o agente infiltrado será aquele que, ganhando a confiança dos suspeitos com vista a obter material probatório contra os

⁴⁸ COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p.220.

⁴⁹ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *Homens de confiança*, p.93 e 94.

mesmos, poderá, no decurso dos acontecimentos, e caso se afigure necessário, praticar atos de execução.

Por outro lado, ISABEL ONETO,⁵⁰ defende que não há autonomia conceptual entre o agente infiltrado e o agente encoberto, e que, a entender-se o contrário o agente encoberto será no máximo uma subespécie do agente infiltrado.

JOÃO RAMOS DE SOUSA,⁵¹ por seu lado considera que o agente infiltrado é o agente policial que se insinua junto dos autores e cúmplices do crime, ocultando a sua qualidade e identidade e ganhando a confiança destes, a fim de obter informações e provas contra eles, mas sem os determinar à prática de novas infrações – sendo também designado por homem de confiança ou agente encoberto.

No que diz respeito à jurisprudência, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ)⁵² definiu, desde cedo, o agente infiltrado como sendo “*o agente investigador que se introduz no circuito do tráfico de drogas, normalmente um tipo de criminalidade organizada, apenas com o propósito de captar a confiança do arguido, o que conseguiu, desvendando, sob a aparência de comprador, que o mesmo detinha e traficava cocaína, heroína e haxixe*”.

De qualquer forma, o STJ,⁵³ já definiu de forma distinta as figuras de agente infiltrado e agente encoberto, i.e., considerou que o agente infiltrado opera no sentido de ganhar a confiança do suspeito, e que, na base dessa confiança, se mantém a par do comportamento daquele, praticando, se necessário, atos de execução em

⁵⁰ ONETO, Isabel, *O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*, p.139.

⁵¹ Parecer do Conselho Consultivo da PGR nº P000501994 de 22/06/1995, consultado no sítio <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/36114ab34d8a6e458025661700422a52?OpenDocument> em 09/06/2014.

⁵² Ac. STJ de 12/06/1990 in Boletim do Ministério da Justiça nº398, p.282.

⁵³ Ac. STJ de 12/07/2000 no âmbito do Proc.00P2752, consultado no sítio <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4962242858c4553680256cfb00228db9?OpenDocument> em 09/06/2014.

integração do seu plano, mas não assume o papel de instigador. Por outro lado, o agente encoberto aparece com uma posição exterior ao crime e ao criminoso, ou seja, nem provoca nem se insere no âmbito das relações de confiança do investigado.

O Tribunal da Relação de Lisboa (TRL)⁵⁴ também se pronunciou no mesmo sentido relativamente à figura do agente infiltrado, que definiu como sendo um, polícia ou terceiro por si comandado, que se insinua nos meios em que são praticados crimes, com ocultação da sua qualidade, de modo a ganhar a confiança dos criminosos e a obter informações e provas contra os mesmos, sem, contudo os determinar à prática de infrações. Neste caso, o agente não suscita a infração, mas apenas se introduz na organização com o objetivo de descobrir e fazer punir o criminoso, não atuando assim para dar vida ao crime, antes contribuindo para a sua descoberta.

No nosso entendimento, e como o legislador no RJAЕ não estabelece qualquer diferença entre as figuras do agente encoberto e do agente infiltrado, nem ao nível dos pressupostos como ao nível da valoração da prova carreada, não consideramos que tenha pertinência a sua distinção. Além do mais, um funcionário de investigação criminal ou um terceiro, que se encontre numa ação encoberta, que se pode desenrolar num curto ou longo período de tempo, assume por diversas vezes os diferentes papéis supra definidos, pelo que, não é possível, na maior parte dos casos, delimitar que numa ação encoberta em concreto se atuou de acordo com a figura de agente infiltrado ou de agente encoberto. São, pois, papéis que se cruzam e se vão adaptando conforme se vai ganhando a confiança dos suspeitos.

⁵⁴ Ac. TRL de 22/03/2011 no âmbito do Proc. 182/09.6JELSB, consultado no sítio <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e324710ede9b8ed88025788b00345015?OpenDocument> em 09/06/2014.

Analisando o RJAЕ verificamos que o agente encoberto pode ser um funcionário de investigação criminal ou um qualquer cidadão atuando sob controlo da Polícia Judiciária (art.1º nº2do RJAЕ).

Assim, desde logo, uma das questões que se colocam diz respeito à abrangência do conceito de *“funcionário de investigação criminal.”*

JOÃO CARREIRA defende que, *“parece-me que deve existir um estatuto idêntico, pois ser funcionário de investigação é relevante, mas parece-me que o estatuto de polícia, a sua seleção, formação e capacidade de identificar o risco e a avaliação dos valores e dos dilemas, são suscetíveis de se encontrar noa funcionários que tem tal estatuto, muito embora se possa correr o risco depois de se alargar a um conjunto de funcionários que tem mais dificuldade em fazer as opções corretas em situações de risco (ex. funcionários das Finanças, da Asae, etc)”*⁵⁵

No mesmo sentido, JOÃO MELO, entende que *“se o legislador prevê que para além de funcionários de investigação criminal pode intervir qualquer pessoa, não se vê razão para se excluir a possibilidade de intervirem agentes da PSP ou elementos da GNR, sob a direcção da PJ- UPAT”*⁵⁶

No entanto, defendemos a posição que passamos a explicar.

A Lei de Organização da Investigação Criminal (LOIC) aprovada pela Lei nº49/2008 de 27 de agosto enumera no art.3º nº1 que a Polícia Judiciária, a Guarda Nacional Republicana e a Polícia de Segurança Pública são os órgãos de polícia criminal (OPC enquanto entidade) de competência genérica.

⁵⁵ CARREIRA, JOÃO, Comunicação pessoal em 03 de setembro de 2014, ANEXO C.

⁵⁶ MELO, JOÃO, Comunicação pessoal em 03 de setembro de 2014, ANEXO B.

No mesmo diploma, o nº5 do art.2º, refere que as investigações e os atos delegados pela autoridade judiciária são realizados pelos funcionários designados pelas autoridades de polícia criminal competentes para o efeito.

Ademais, no art.7º da LOIC são elencados os crimes de competência reservada da Polícia Judiciária, que, correspondem aos crimes que no art.2º do RJAE admitem ações encobertas.

Assim, pese embora a interpretação literal do nº2 do art.1º do RJAE poder levantar a questão que o conceito de “*funcionário de investigação criminal*” possa abranger todos os funcionários dos órgãos de polícia criminal de competência genérica, a nosso ver essa interpretação não será a mais correta.

Tal discordância fundamenta-se, primeiramente, e como já referido, no facto dos crimes que admitem ações encobertas na sua investigação são da competência reservada da Polícia Judiciária. Pelo que, desde logo, não se consegue conceber como é que outro órgão de polícia criminal possa desenvolver um ato de investigação num crime da competência reservada de outro.

Também, a direção da investigação cabe à autoridade judiciária competente em cada fase do processo, nos termos do disposto no nº1 do art.2º da LOIC. A autoridade judiciária pode avocar a todo o tempo o processo e dar instruções específicas sobre a realização de quaisquer atos segundo o nº7 do art.2º também da LOIC.

Será relevante também notar que as ações encobertas são maioritariamente desenvolvidas na fase processual do inquérito (art.3º nº3 do RJAE) e a direção do inquérito cabe ao Ministério Público segundo o art.263º do CPP.

Assim sendo, o magistrado titular do inquérito em que se investigasse um crime da competência reservada da Polícia Judiciária teria legitimidade para avocar

esse mesmo inquérito e dar instruções a outro OPC para a realização de uma ação encoberta. No entanto essa ação encoberta segundo o nº1 do art.1º do RJAE teria que ser realizada sob o controlo da Polícia Judiciária. Ora, não se vislumbra como tal seria possível ao nível da conjugação das hierarquias dos diferentes OPC.

Além do mais, a Polícia Judiciária é o único OPC que possuiu uma unidade específica (Unidade de Prevenção e Apoio Tecnológico) de agentes encobertos devidamente selecionados e formados.

Por último, a identidade fictícia com que o agente encoberto pode atuar é atribuída por despacho do Ministro da Justiça, mediante proposta do Diretor Nacional da Polícia Judiciária. Ou seja, mesmo neste instituto, o legislador pretendeu limitar, de forma taxativa, a formalização da proposta de atribuição da identidade fictícia ao Diretor Nacional da Polícia Judiciária à respetiva tutela que é o Ministro da Justiça, e não ao Diretor Nacional da Polícia de Segurança Pública ou ao Comandante Geral da Guarda Nacional Republicana.

Desta forma, somos do entendimento que o legislador pretendeu limitar a utilização de tal meio de obtenção de prova ao OPC que detém a competência reservada de investigação dos crimes que admitem ações encobertas, os recursos humanos devidamente formados e os meios materiais adequados a tal ação.

Admitimos, contudo, que em determinadas circunstâncias muito concretas e excecionais, nomeadamente de acesso privilegiado a determinada fonte de informação e que não haja alternativa viável, seja um Agente da PSP ou um Guarda da GNR a atuar como agente encoberto no âmbito de uma investigação a cargo da PJ, sob a supervisão desta e após receber formação adequada.

d) Distinção conceptual entre Agente Encoberto/Agente Provocador

A principal distinção que a doutrina e a jurisprudência fazem ao nível da participação do funcionário de investigação criminal numa ação encoberta é entre a figura legítima do agente infiltrado e a do agente provocador (*agent provocateur*).

Esta distinção, de modo diverso do que entendemos quanto à distinção entre agente encoberto e infiltrado, é fundamental, pois a “*barreira entre a ação encoberta e a provocação é muito ténue*”⁵⁷ e o enquadramento do funcionário de investigação numa ou noutra tem repercussões drásticas ao nível da valoração da prova produzida.

Vejam os assim a forma como a doutrina tem definido a figura do agente provocador:

GERMANO MARQUES DA SILVA entende que o agente provocador, é aquele que utiliza a provocação como instrumento de atuação, ou seja ele não revela um crime e um criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso. Refere contudo que “*a questão dos agentes informadores e infiltrados não tem, porém, a mesma tensão da dos agentes provocadores; estes são sempre inadmissíveis, porque agentes do próprio crime, e em circunstância alguma se pode admitir que a justiça atue por meios ilícitos e que o combate à criminalidade se possa fazer por meios criminosos; os agentes informadores e infiltrados não participam na prática do crime, a sua atividade não é constitutiva do crime mas apenas informativa, e por isso, é de admitir que, no limite, se possa recorrer a estes meios de investigação...*”⁵⁸

COSTA ANDRADE, no seguimento da doutrina alemã, engloba na figura do “*homem de confiança*” a figura do agente infiltrado e do agente provocador,

⁵⁷ GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro, *O novo regime jurídico do Agente Infiltrado*, p.11.

⁵⁸ MARQUES DA SILVA, Germano, *Bufos, infiltrados e arrependidos, Os princípios Democrático da Lealdade em Processo Penal*, p.29.

sendo que o agente provocador é aquele que precipita “...*de algum modo o crime: instigando-o, induzindo-o, nomeadamente, aparecendo como comprador ou fornecedor de bens e serviços ilícitos.*”⁵⁹

MANUEL MEIREIS, considera que a conduta do agente provocador é idêntica à conduta do instigador, ou seja, o agente provocador apesar de já ter uma certa predisposição para o crime é convencido à sua prática.⁶⁰

No que diz respeito à jurisprudência, é de igual forma assente a distinção entre agente infiltrado ou agente encoberto, por um lado, e agente provocador por outro.

Ao nível do Tribunal Constitucional (TC), destaca-se o seguinte:

“... *a actividade do agente infiltrado, que, disfarçadamente, procura ganhar a confiança dos suspeitos, para melhor os observar e obter informações sobre a sua actividade delituosa e a do agente provocador, que induz à prática do crime, a diferença é por vezes bem ténue.*”⁶¹

A figura do agente provocador é ainda definida como “...*um membro da autoridade policial, ou um civil comandado pela polícia, que induz outrem a delinquir por forma a facilitar a recolha de provas da ocorrência do acto criminoso.*”, enquanto que o agente infiltrado é considerado como sendo “...*o agente se insinuar junto dos agentes do crime, ocultando-lhes a sua qualidade, de modo a ganhar a sua confiança a fim de obter informações e provas contra eles, mas sem os determinar à prática de infrações*”⁶²

⁵⁹ COSTA ANDRADE, Manuel da, *As proibições de prova em processo penal*, p.221.

⁶⁰ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *Homens de confiança*, p.93 e 94.

⁶¹ Ac. do TC nº578/98, publicado no Diário da República nº48/99 de 26 de fevereiro.

⁶² Ac. do TC nº76/2001 referente ao Processo nº 508/99, pesquisado no sítio: www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/ em 10/06/2014.

Neste tribunal superior, a jurisprudência tem sido unânime no sentido de distinguir o agente provocador, aquele agente policial que “...*cria uma intenção criminosa até então inexistente*”, do agente infiltrado, o agente policial que apenas põe em marcha uma decisão criminosa que já está implícita ou potencialmente inclinada, ou seja, aquele que cria uma oportunidade com vista à realização de uma intenção criminosa.⁶³

Já ao nível do TRL:

*“o agente provocador será membro do órgão de polícia criminal ou alguém a seu mando que pela sua actuação enganosa sugere eficazmente ao autor a vontade de praticar o crime que antes não tinha representado e o leva a praticá-lo, quando sem essa intervenção a actividade delituosa não teria ocorrido. A vontade de delinquir surge no autor, não por sua própria e livre decisão, mas como consequência da actividade de outra pessoa, o membro do órgão policial. O agente infiltrado é o polícia ou agente por si comandado que se insinua nos meios em que se praticam crimes, com ocultação da sua qualidade, de modo a ganhar a confiança dos criminosos, com vista a obter informações e provas contra eles, mas sem os determinar à prática de infracções. Neste caso, o agente não suscita a infracção, introduz-se na organização com o objectivo de descobrir e fazer punir os criminosos, não actuando para dar vida ao crime, antes contribuindo para a sua descoberta.”*⁶⁴

⁶³ Ac. do STJ de 20/02/2003, referente ao Processo nº02P4510, pesquisado no sítio <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e4c9177530b2c36380256d08004e5d11?OpenDocument>, e Ac. de 30/11/2005 referente ao Processo nº 05P3349, pesquisado no sítio <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b24ba61a47d6a46a80257225003963d6?OpenDocument>, ambos em 10/06/2014.

⁶⁴ Ac. do TRL de 22/03/2011, referente ao Processo nº182/09.6JELSB, pesquisado no sítio <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e324710ede9b8ed88025788b00345015?OpenDocument> em 10/06/2014.

2. Ações Encobertas

a) Definição

Por ações encobertas entendem-se as diligências levadas a cabo por funcionários de investigação criminal ou por terceiros sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes e com ocultação da sua identidade conforme o disposto no art.1º do RJAЕ.

“...las operaciones policiales encubiertas consisten en un proceso planificado de investigación y vigilancia en el que los funcionarios de policía utilizan disfraces y subterfugios para obtener información y pruebas respecto de presuntos delincuentes o delitos penales, en especial cuando se trata de situaciones y personas que escapan a los métodos tradicionales de aplicación de la ley.”⁶⁵

A ação encoberta tem como finalidade principal e última a prevenção ou repressão de crimes⁶⁶. De qualquer forma, tratando-se de um meio de obtenção de prova, e não de um meio de prova em si mesmo, dependendo do tipo de ação encoberta, o agente encoberto desenvolve todo um conjunto de diligências de recolha de informação que permitirão, posteriormente, através de outros meios de obtenção de prova, carrear a prova bastante da factualidade investigada.

⁶⁵ PEREIRA, Flávio Cardoso, Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos, p.239. Tradução livre do autor: As operações policiais encobertas consistem num processo planificado de investigação e vigilância no qual os funcionários da polícia utilizam disfarces e subterfúgios para obter informações e provas sobre possíveis delinquentes ou delitos penais, em especial quando se trata de situações e pessoas que escapam aos métodos tradicionais de aplicação da lei.

⁶⁶ Art.3º nº3 e nº4 do RJAЕ.

b) Tipologias de Ações Encobertas

a. Ações Encobertas Preventivas

As ações preventivas são desencadeadas tendo como finalidade última a prevenção de um dos crimes de catálogo previstos no art.2º do RJAE.

Estão previstas no nº4 e nº5 do art.3º do RJAE e requerem autorização prévia do juiz de instrução do TCIC, mediante proposta do respetivo magistrado do Ministério Público do DCIAP.

Estas ações visam, essencialmente, a recolha de “*intelligence*” com vista a evitar a ocorrência de factos típicos.

COSTA ANDRADE⁶⁷, considera que o homem de confiança é admissível em ações preventivas relativas a perigos concretos e imediatos de atentado contra a vida ou a perigo correspondente de sacrifício grave da integridade física de terceiros. Indica ainda como exemplos a integração em programas de repressão e desmantelamento do terrorismo, da criminalidade violenta ou altamente organizada.

b. Ações Encobertas no âmbito de um Inquérito

Estas ações encobertas são normalmente utilizadas quando um inquérito já corre termos e o objeto da investigação já está minimamente fixado.

Estas ações estão previstas no nº3 do art.3º do RJAE e dependem de autorização prévia do magistrado do Ministério Público titular do Inquérito, sendo

⁶⁷ COSTA ANDRADE, Manuel da, *As proibições de prova em processo penal*, p.232.

apenas necessário comunicar ao juiz de instrução que a mesma se vai realizar, considerando-se validada se no prazo de setenta e duas horas não for proferido despacho de recusa.

Para tais ações são também competentes os serviços do Ministério Público das respectivas comarcas.

Estas ações são normalmente despoletadas no seguimento de indícios veiculados para o inquérito através de outros meios de obtenção de prova, que demonstram cabalmente que a intenção criminosa dos suspeitos já está assente.

c. Ações Encobertas Técnicas

i. Intrusão

As ações encobertas técnicas visam legitimar o acesso a determinado espaço fechado e não acessível ao público, permitindo assim a colocação de um dispositivo de recolha de som e/ou imagem.

Estas ações encontram suporte legal no nº3 do art.3º do RJAЕ tendo os mesmos pressupostos legais das ações encobertas no âmbito de um inquérito.

Neste âmbito, levanta-se a questão da intrusão no domicílio do suspeito para colocação dos referidos dispositivos, questão controvertida e bastante pertinente, que não será aqui abordada por não ser objeto do nosso estudo. No entanto, a

doutrina⁶⁸ e a jurisprudência⁶⁹ têm sido, contudo, perentórias em considerar que não há suporte legal para tal no nosso ordenamento jurídico.

ii. Ambiente digital

A Lei do Cibercrime foi aprovada pela Lei nº109/2009 de 15 de setembro e o seu art.19º admite o recurso a ações encobertas nos termos do RJAE e relativo aos crimes já especificados.⁷⁰

Atendendo a que os crimes praticados e a investigar são cometidos em sistema informático, levanta-se a questão da materialização das ações encobertas em ambiente digital e respetiva abrangência.

Só através de monitorização de determinados sítios, salas de conversação, criação de páginas falsas ou perfis falsos, se consegue obter *intelligence* de forma encoberta. No entanto, a falta de regulamentação deste setor limita operadores judiciais, apesar de o legislador ter referido no nº2 do art.19º da Lei do Cibercrime, que no recurso a meios e dispositivos informáticos observa-se, no que for aplicável, as regras das escutas telefónicas previstas no Código de Processo Penal.

⁶⁸O Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República no âmbito do Parecer nº82/2008 consultado no sítio www.dgsi.pt/ em 10/06/2014.

⁶⁹Ac. do TRL de 27/02/2008 no Processo 10898/2007-3, consultado no sítio <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0eeb7440c4ac9f528025746d00479e8f?OpenDocument> em 10/06/2014 e correlacionado com o Ac. do TEDH no caso KHAN c. REINO UNIDO, decisão de 12 de maio de 2000 consultado no sítio http://www.pgr.pt/Portugues/grupo_bases/jurisprudencia/2000/KHAN.pdf em 10/06/2014 e com o Ac. do TEDH no caso DEORGA c. HOLANDA, decisão de 27 de abril de 2004 consultado no sítio: http://www.pgr.pt/Portugues/grupo_bases/jurisprudencia/2004/DEORGA%20c_HOLANDA.pdf em 10/06/2014.

⁷⁰ Vide Capítulo II, 1., b).

BENJAMIM RODRIGUES,⁷¹ considera que não são admissíveis ações encobertas no ciberespaço ao nível do combate à pedofilia, como seja fazendo-se o agente encoberto passar por uma criança menor ou enviando ou disponibilizando material com pornografia infantil para, desse jeito, “fiscar” os “predadores sexuais” que, ao solicitarem tais materiais, admitiriam a sua “tendência sexual”. Para este autor, tais ações terão de se considerar como prova insuscetível de valoração, por ocorrerem à margem do paradigma constitucional e legal ponderado e codificado em sede probatória.

d. Ações Encobertas no âmbito da cooperação judiciária internacional

A Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional⁷² que tem como objeto promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional, exorta, no art.20º, os Estados parte a adotarem no respetivo ordenamento jurídico interno as medidas necessárias que permitam o recurso a técnicas especiais de investigação, nomeadamente ações encobertas e a celebrarem acordos bilaterais ou multilaterais apropriados.

A Lei nº 104/2001 de 25 de agosto alterou a Lei nº 144/99 de 31 de agosto que aprovou a Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal e aditou o art.160º-B. Ficou assim vertida a possibilidade de funcionários de investigação criminal de outros Estados realizarem ações encobertas em Portugal passando a ter idêntico estatuto jurídico-processual dos funcionários de investigação criminal portugueses e sujeitos ao RJAE previsto pela Lei nº101/2001 de 25 de agosto.

⁷¹ RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal*, Tomo II, *Bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*, p.130.

⁷² Publicada no D.R. I Série –A nº79 de 2 de abril de 2004, após ratificação Decreto do Presidente da República nº 19/2004 de 2 de Abril.

Conforme já foi anteriormente referido, o art.160º-B da Lei nº144/99 de 31 de agosto, não é mais que a transposição do art.14º da Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre Estados Membros da União Europeia para o ordenamento jurídico português no âmbito do terceiro pilar da União Europeia⁷³

Assim, a referida Convenção deixa ao critério dos Estados (requerente e requerido) membros a possibilidade de acordarem em prestar auxílio na realização de ações encobertas.

De qualquer forma, compete ao Estado requerido decidir se presta esse auxílio, e caso concorde, será sempre de acordo com o direito e procedimentos desse mesmo Estado.

De acordo com o art.25º a Convenção apenas admite reservas que estejam expressamente previstas, sendo o nº4 do art.14º uma delas ao admitir que cada Estado membro possa declarar que não está vinculado a esta disposição legal.

Esta prerrogativa além de estar sujeita a toda a toda a tramitação e pressupostos referidos, só é admissível de acordo com o princípio de direito comunitário da reciprocidade⁷⁴, segundo o nº2 do art.160º-B da Lei nº144/99 de 31 de agosto.

⁷³ Diz respeito à cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos (JAI). A União deve levar a cabo uma ação conjunta para proporcionar aos cidadãos um nível elevado de proteção num espaço de liberdade, segurança e justiça,

⁷⁴ Consiste em permitir a aplicação de efeitos jurídicos em determinadas relações de Direito, quando esses mesmos efeitos são aceitos igualmente por países estrangeiros.

c) Requisitos legais das ações encobertas

Como já foi referido, o RJAÉ prevê no seu art.3º ações encobertas para fins de prevenção ou repressão criminal. Ou seja, admite-se uma ação encoberta com vista a evitar um facto típico ilícito que ainda não ocorreu como no caso de um facto ilícito já ocorrido (desde que os respetivos crimes façam parte do catálogo taxativo do art.2º).

De qualquer forma, entendemos que esses mesmos fins têm que ser identificados em concreto na promoção e fundamentação (de facto e de direito)⁷⁵. Esses fins, poderão ser outros (atendendo ao facto de esse elenco não ser taxativo) que não apenas a descoberta de material probatório, ou seja, o legislador deixou a possibilidade da ação encoberta visar, por exemplo, a identificação dos autores dos factos.

COSTA ANDRADE⁷⁶ entende por seu lado ser inadmissível a utilização de *“homens de confiança com propósitos e para fins unicamente repressivos: isto é, exclusivamente preordenada à repressão de crimes já consumados, em homenagem nomeadamente à ideia duma administração eficaz da justiça penal.”*

Concordamos que, numa perspetiva de adequação e eficácia, se torna mais difícil carrear prova através de uma ação encoberta. De qualquer forma, no âmbito de uma investigação criminal de um grupo organizado que já cometeu um facto ilícito consumado é sempre possível vir-se a carrear prova para factos futuros a praticar por esse mesmo grupo, evitar esses mesmos factos futuros e até carrear prova para os factos já ocorridos.

⁷⁵ Art. 205º nº1 da CRP e Art. 97º do CPP. “... o dever de fundamentação é uma garantia integrante do próprio Estado de Direito Democrático...”, “ ... os demais casos em que a lei não estabelece quaisquer requisitos devem seguir-se os apontados pela doutrina e pela jurisprudência, fundamentando-se a decisão com os elementos de facto e as razões de direito justificativos da decisão proferida.” Manuel Lopes Maia Gonçalves, Anotação ao Art.97º do CPP Anotado, 17ª edição, Almedina, 2009, p.279.

⁷⁶ COSTA ANDRADE, Manuel da, *As proibições de prova em processo penal*, p.232.

No entanto, concordamos, que as ações encobertas devem ter por excelência a finalidade de prevenção de ilícitos criminais.

Exige-se, ainda, uma adequação e proporcionalidade das ações encobertas aos fins referidos e à gravidade do crime em investigação (crimes elencados de forma taxativa no art.2º do RJAE) que deverão, por isso, ser devidamente fundamentadas pelo OPC quando promove a ação encoberta junto do *dominus* do Inquérito. No entanto, o legislador não exigiu expressamente o requisito de exceção ou de *última ratio* deste meio de obtenção de prova como, por exemplo exigiu no regime das interceções telefónicas vertido no art.187º e seguintes do CPP. Porém, a jurisprudência tem entendido que “*As acções encobertas são um meio de investigação a usar com parcimónia e o modo como se desenvolvem deve ser objecto de aprofundado escrutínio...*”⁷⁷.

BENJAMIM RODRIGUES⁷⁸, defende o seguinte: “*exige-se que, em concreto, face a toda a plethora de meios (obtenção de prova), consagrados no CPP, nenhum deles se afigure apto, suficiente e adequado a permitir a aquisição de material probatório incriminatório.*”

O nº3 do art.3º do RJAE atribui ao titular da ação penal (Ministério Público) e na fase processual de Inquérito a competência para autorizar a ação encoberta para fins de repressão criminal. De qualquer forma, essa decisão tem que ser validada, ainda que tacitamente, pelo Juiz de Instrução, também conhecido como juiz das liberdades. Concordamos com esta disposição, pois, o *dominus* da investigação é que tem conhecimento efetivo, juntamente com a Polícia Judiciária, da pertinência e utilidade da ação encoberta de acordo com a estratégia delineada.

⁷⁷ Ac. do TRL de 22/03/2011, referente ao Processo nº182/09.6JELSB, consultado no sítio <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e324710ede9b8ed88025788b00345015?OpenDocument> em 11/06/2014.

⁷⁸ RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal*, Tomo II, *Bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*, p.125.

BENJAMIM RODRIGUES⁷⁹, considera no entanto que, a parte final do nº3 do art.3º do RJAE, quando refere “*considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes*” é materialmente inconstitucional, em virtude de ser incompatível, simultânea e reciprocamente, com o princípio da proporcionalidade e da reserva judicial em matéria de restrição de direitos fundamentais dos cidadãos (artigos 18º, nº2 e 32º, nº4 da CRP 1976).

No que diz respeito às ações encobertas para fins de prevenção criminal o nº4 do art.3º do mesmo diploma refere que a mesma tem que ser autorizada, e não validada, pelo Juiz de Instrução mediante proposta do Ministério Público, sendo que, tal competência (iniciativa e decisão) nos termos do nº5 do art.3º do RJAE está limitada ao magistrado do Ministério Público junto do DCIAP e do Juiz de Instrução Criminal do TCIC. Tal disposição vai ao encontro das competências de investigação do DCIAP previstas no art.47º do Estatuto do Ministério Público aprovado pela Lei nº 47/86 de 15 de outubro, em particular da “*luta contra a criminalidade violenta, altamente organizada ou de especial complexidade, mediante intervenção em três vertentes: prevenção criminal, direcção da investigação da criminalidade de natureza transdistrital (dispersão territorial) e coordenação da direcção da investigação a nível nacional (desconcentração dos poderes hierárquicos de coordenação)*.”⁸⁰ Neste âmbito e porque os crimes que são da competência do DCIAP não correspondem ao catálogo de crimes do art.2º do regime jurídico das ações encobertas, houve a necessidade de alargar essa competência que se encontra vertida na Circular nº11/99 da Procuradoria Geral da República.

⁷⁹ RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal*, Tomo II, *Bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*, p.126.

⁸⁰ Circular nº11/99 da Procuradoria Geral da República consultado no sítio http://www.pgr.pt/Circulares/textos/1999/1999_11.pdf em 12/06/2014.

Segundo BENJAMIM RODRIGUES⁸¹, o intérprete e aplicador que pretenda utilizar o meio de obtenção de prova “ações encobertas” deve adotar a seguinte metodologia:

1. *“Identificar uma situação de investigação criminal preventiva ou repressiva pertinente a crime de catálogo;*
2. *Avaliar da desadequação dos demais meios de obtenção de prova para a investigação e repressão do concreto crime;*
3. *A adequação das ações encobertas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto;*
4. *A adequação e proporcionalidade das ações encobertas para a descoberta de material probatório e finalidades de prevenção e repressão;*
5. *A proporcionalidade das ações encobertas, em concreto, face a um crime do catálogo, perante a gravidade (concreta) do crime em investigação.”*

No nº2 do art.3º do RJAÉ, prevê-se o importante princípio da não obrigatoriedade de participação em ações encobertas por parte dos funcionários de investigação criminal e de terceiros.

Desde logo, na reunião plenária de 21 de junho de 2001 de discussão da proposta de Lei nº 79/VIII (RJAÉ), o Ministro da Justiça defendeu que: *“A segurança dos agentes é outro domínio sensível, quer por actuarem junto dos criminosos, quer por serem sujeitos a eventuais represálias. Assim, desde logo, ninguém pode ser obrigado a participar numa ação encoberta.”*⁸²

Verifica-se assim que o legislador pretendeu estabelecer um princípio de voluntariedade por parte do funcionário de investigação criminal e do terceiro na participação numa ação encoberta.

⁸¹ RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal, Tomo II, Bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*, p.125.

⁸² Diário da República da Assembleia da República, I Série – Número 99 de 22 de junho de 2001.

BENJAMIM RODRIGUES⁸³ entende pois que o legislador proibiu de forma implícita a instrumentalização de um funcionário de investigação criminal ou de terceiro, com ou sem o respetivo conhecimento.

3. - O agente encoberto no Direito Processual Penal

O agente encoberto pode ser um funcionário de investigação criminal ou um terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária nos termos do nº2 do art.1º do RJAЕ.

a) Funcionário de Investigação Criminal

Conforme já referimos e fundamentamos, entendemos que o “funcionário de investigação criminal” a que se refere o RJAЕ deve ser um funcionário⁸⁴ da carreira de investigação criminal da Polícia Judiciária.

O funcionário de investigação criminal é um órgão de polícia criminal⁸⁵ (enquanto agente policial) e atua no processo sob orientação das autoridades judiciais e na sua dependência funcional⁸⁶ segundo o art.56º do CPP, sem prejuízo

⁸³ RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal*, Tomo II, *Bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*, p.126.

⁸⁴ Inspector que segundo o artigo 68º do Decreto –Lei nº 275-A/2000 de 9 de novembro tem como funções, nomeadamente – realizar operações, ações, diligências e actos de investigação criminal e os correspondentes actos processuais; - proceder a vigilâncias e capturas; - pesquisar, recolher, compilar, tratar e remeter às respetivas unidades a informação criminal com menção expressa na investigação em curso; - elaborar relatórios de informações, mapas, gráficos e quadros; - executar outras tarefas de investigação criminal que lhe forem superiormente determinadas.

⁸⁵ Art. 1º nº1 c) do CPP – órgãos de polícia criminal: todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer atos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados por este Código.

⁸⁶ Só existe enquanto os O.P.C. exercem aquelas funções processuais penais e só ao nível das funções, pelo que a dependência não se refere a qualquer aspeto orgânico dos mesmos órgãos.

da respetiva organização hierárquica, atento disposto no nº4 do art.2º da Lei nº 49/2008 de 27 de agosto que aprovou a LOIC.

Os atos delegados pelas autoridades judiciárias são realizados pelos órgãos de polícia criminal no âmbito da sua autonomia técnica (utilização de um conjunto de conhecimentos e métodos de agir adequados) e da sua autonomia tática (consiste na escolha do tempo, lugar e modo adequados à prática dos atos), necessárias ao eficaz exercício dessas atribuições, nos termos do nº5 e nº6 do art.2º da LOIC.

Segundo GERMANO MARQUES DA SILVA⁸⁷, no processo penal, intervêm várias entidades, entre os quais, os órgãos de polícia e as testemunhas, aos quais cabem a prática de atos processuais. Todas essas entidades são designadas de forma abrangente de participantes processuais. No entanto, este autor distingue os participantes processuais que “...*conduzem activamente o processo, cuja atividade tem função determinante da decisão final, e que se denominam de sujeitos processuais, daqueles outros que apenas colaboram no processo mas não têm faculdades de iniciativa ou de decisão com respeito ao processo, que denominaremos de meros participantes processuais.*”

Os atos de investigação e os atos processuais desencadeados pelos funcionários de investigação criminal são carreados principalmente na fase de inquérito. De qualquer forma, na fase de instrução os órgãos de polícia criminal assistem o juiz de instrução⁸⁸, e na fase de julgamento o juiz de julgamento⁸⁹ prestando declarações.⁹⁰

O agente encoberto atua essencialmente na fase de inquérito. Assim sendo, no âmbito da informação que recolhe transmite-a constantemente à autoridade

⁸⁷ MARQUES DA SILVA, Germano, “Curso de Processo Penal II”. Ed. Verbo, 1994, Lisboa, p.123 e 124.

⁸⁸ Art.288º nº1 e 290º nº2, ambos do CPP.

⁸⁹ Art.340º do CPP

⁹⁰ Art. 356º nº7 do CPP.

polícia criminal⁹¹ e no final da ação através de relato⁹² formal. Tais diligências de investigação podem ainda permitir desencadear outros meios de obtenção de prova no decurso da ação encoberta. Além disso, caso seja “*indispensável para a prova*”, pode ser também ouvido em audiência de julgamento ficando essa mesma prova sujeita ao princípio da livre apreciação da prova e experiência do julgador⁹³.

O agente encoberto, enquanto funcionário de investigação criminal assume o estatuto de órgão de polícia criminal, mas como bem refere JOSÉ BRAZ⁹⁴ o funcionário de investigação criminal “...assume com grande frequência o papel de testemunha. Uma testemunha que nos termos da lei é igual a qualquer outra, mas que na prática forense, assume uma especial importância, tendo em consideração a a qualidade em que interveio no processo, conferindo-lhe normalmente um papel central aos olhos da acusação, da defesa e do julgador.”.

De referir ainda que o agente encoberto enquanto funcionário de investigação criminal, e no âmbito de uma ação encoberta pode atuar sob identidade fictícia segundo o art.5º nº1 do RJAE.

b) Terceiro

O agente encoberto, enquanto terceiro previsto no art.1º nº2 do RJAE, poderá ser um qualquer indivíduo (nacional ou estrangeiro). Uma vez que o RJAE não especifica ou regulamenta em que condições um terceiro pode ser agente encoberto, deixa assim esse recrutamento e seleção à responsabilidade da Polícia Judiciária através da Unidade de Prevenção e Apoio Tecnológico (UPAT).

⁹¹ Art.1º d) do CPP.

⁹² Art. 3º nº 6 do RJAE.

⁹³ Art.127º do CPP:

⁹⁴ BRAZ, José, *Investigação Criminal, A organização, o método e a prova, Os desafios da nova criminalidade*, p.75.

Segundo JOÃO CARREIRA, “*os terceiros são selecionados tendo em consideração os princípios das exigências que obedecem a gestão de informadores, reforçados pela exigência legal de controlo e de maior exposição ao risco quer dos terceiros, quer da organização e do sistema de justiça.*”⁹⁵

Desta forma, este tipo de agente encoberto assume, de igual forma, a qualidade de *mero participante processual*, já que ao nível do direito processual penal não é mais do que uma testemunha, e é nessa qualidade que a prova por si produzida é carreada para o inquérito.

No entanto, caso a ação encoberta não venha a ser junta ao processo⁹⁶, as diligências realizadas pelo terceiro não serão mais que meras informações fornecidas ao órgão de polícia criminal. Neste caso, o terceiro pode confundir-se com a figura do “*informador*”, o qual, não tem qualquer assento no nosso ordenamento jurídico. Como bem refere ISABEL ONETO⁹⁷, “*a primeira dificuldade surge ao nível da distinção entre as figuras do “terceiro” e do “informador”. É certo que no plano jurídico-normativo, a diferenciação entre ambas é meramente formal – terceiro é aquele que, sob controlo da Polícia Judiciária, desenvolve ações encobertas, com ocultação da sua qualidade e identidade; informador não é figura da investigação criminal, porquanto não está prevista nem no Código de Processo Penal nem no Regime Jurídico das Ações Encobertas.*”

Uma das questões que a doutrina tem abordado diz respeito ao facto de um terceiro com antecedentes criminais poder ser ou não agente encoberto.

⁹⁵ CARREIRA, João, Comunicação pessoal em 03 de setembro de 2014, ANEXO C.

⁹⁶ Só o será se a autoridade judiciária considerar que a junção do relato é “*absolutamente indispensável*” segundo o art.4º nº1 do RJA.

⁹⁷ ONETO, Isabel, *O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*, p.201.

Consideramos que o recrutamento e seleção destes agentes encobertos deve ser efetuado com rigor. Além do mais, a credibilidade da prova produzida por um terceiro, com ou sem antecedentes criminais, é totalmente diferente em audiência de julgamento.

JOÃO CARREIRA, refere que *“os critérios de seleção são fundamentados na experiência, características psicológicas para que existe grelha internacionalmente certificada, desembaraço físico e diferenciada interiorização dos valores éticos e princípios legais. Existe um curso de formação de duas semanas seguindo os modelos de formação das mais avançadas unidades de encobertos com as quais fazemos parceria e formação conjunta, com a participação de reputados formadores internacionais desta área.”*⁹⁸

No entanto, em determinadas circunstâncias concretas de terrorismo ou criminalidade altamente organizada, onde estamos perante grupos muito herméticos, pode haver necessidade de recorrer a terceiros com acesso privilegiado a esses grupos e, eventualmente, com antecedentes criminais.

O legislador do RJAÉ não o proíbe e JOÃO MELO defende de igual forma que *“a lei não exclui a possibilidade de terceiros com antecedentes criminais poderem actuar como colaboradores numa ação encoberta.*

Muitas vezes, o recurso a colaboradores com antecedentes criminais que se relacionam com os suspeitos em investigação será mesmo a única forma de se iniciar a infiltração numa associação criminosa.

*O recurso a colaboradores com tais características depende do caso concreto e deverão ser previamente avaliados os riscos, as vantagens e as desvantagens, previsíveis, caso a acção encoberta venha a ser revelada.”*⁹⁹

⁹⁸ CARREIRA, João, Comunicação pessoal em 03 de setembro de 2014.

⁹⁹ MELO, João, Comunicação pessoal em 03 de setembro de 2014.

Poder-se-á, inclusivamente, justifica-lo com base na “*prevalência do interesse juridicamente preponderante*” defendida por FIGUEIREDO DIAS¹⁰⁰. No entanto, consideramos que assim será apenas em casos muito excepcionais e como *ultima ratio*.

No ordenamento jurídico espanhol, por exemplo, não é permitido (como veremos mais adiante) que terceiros atuem como agentes encobertos, justificando-se tal medida referindo “*...que los mismos no poseen conocimientos y habilidades específicas para participaren de un trabajo tan emblemático y peligroso como es la infiltración en una banda criminal organizada*”.

En torno a esta afirmación, cabe precisar que la infiltración como técnica de investigación policial conllevará al agente encubierto a adoptar diariamente medidas y practicar conductas cuyas consecuencias dependerán en gran parte del conocimiento y experiencia de vida del profesional. En este punto, le faltarán al particular condiciones prácticas que deberían haber sido adquiridas en la labor junto al ambiente de combate a la criminalidad.

De otra parte, no cabe duda de que las posibilidades de que este agente particular se entregue a la corrupción, por miedo, necesidad financiera y otros factores, son suficientemente elevados. Y el motivo para esto es sencilla: como no son personas formadas en un ambiente policial, no tienen una responsabilidad profesional adecuada que les posibilite resistir a tentación de ceder al soborno y ni mismo conocimientos técnicos sobre la tarea de persecución criminal. Además no son entrenados con técnicas policiales, lo que generaría su vulnerabilidad absoluta en situaciones de extrema tensión psicológica.”¹⁰¹

¹⁰⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal: Parte Geral*, p.391.

¹⁰¹ PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y processo penal garantista: límites y desafíos*, p.239. Tradução livre do autor: que os mesmos não possuem conhecimentos e habilidades específicas para participarem num trabalho tão emblemático e perigoso como é a infiltração numa associação criminosa organizada. Em torno desta afirmação convém precisar que a infiltração como técnica de investigação policial conduzirá o agente encoberto a adotar diariamente medidas e praticar condutas cujas consequências dependerão em grande parte do conhecimento e experiência de vida do profissional. Neste ponto, faltarão ao particular condições práticas que deveriam ter sido adquiridas no trabalho em ambiente de combate à criminalidade. Por outro lado, sem dúvida que as possibilidade que este agente particular se

Por último, o terceiro, enquanto agente encoberto não pode beneficiar do instituto da identidade fictícia que o funcionário de investigação criminal usufrui de acordo com o disposto no art.5º nº1 do RJAE.

4. Direito comparado

a) Estados Unidos da América

Na maioria dos Estados (federados dos EUA) vigora o sistema *common law* no qual os tribunais são os principais responsáveis pela criação e aperfeiçoamento do direito. Assim, uma decisão judicial a ser tomada num caso depende das decisões adotadas nos casos anteriores, afetando e definindo o direito a aplicar aos casos futuros. Quando não existe um precedente, os juízes possuem a autoridade e a competência para criar o direito e estabelecer, dessa forma, um precedente.

As decisões do *Supreme Court of the United States*¹⁰² orientam assim toda a atividade policial e em particular o regime aplicável as ações encobertas nos EUA.

Este tribunal superior tem repetidamente reconhecido a importância das ações encobertas citando-se as seguintes decisões:

- Caso *Sorrells v. U.S.* – “*Criminal activity is such that stealth and strategy are necessary weapons in the arsenal of the police officer.*”¹⁰³

entregue à corrupção por medo, necessidades financeiras e por outras razões suficientemente elevadas. E o motivo para isto é simples: como não são pessoas formadas num ambiente policial, não tem responsabilidade profissional adequada que lhe possibilite resistir à tentação de ceder ao suborno e nem mesmo conhecimentos técnicos sobre as regras de processo criminal. Além disso, não são treinados em técnicas policiais o que geraria vulnerabilidade absoluta em situações de extrema tensão psicológica.

¹⁰² Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América.

¹⁰³ U.S. Supreme Court - 287 U.S. 435 (1932) – Consultado no sítio: <http://www.policemag.com/channel/patrol/articles/2007/01/point-of-law.aspx>, em 23/08/2014. Tradução

- Caso U.S. v. Russell – “*Nor will the mere fact of deceit defeat a prosecution, for there are circumstances when the use of deceit is the only practicable law enforcement technique available.*”¹⁰⁴

Nos EUA admite-se assim a utilização de agentes encobertos para fins de repressão e prevenção criminal, sendo que as ações encobertas são admissíveis na investigação de qualquer tipo de crime.

A autorização da ação encoberta é dada pelo “*supervisor*” da agência (Polícia) que vai desencadear a ação encoberta. No entanto, as diligências desenvolvidas e as informações recolhidas são comunicadas desde o seu início ao “*Prosecutor*” (Ministério Público).

É admissível a utilização de terceiros ou de funcionários de investigação criminal, no entanto é dada preferência à utilização de agentes policiais, principalmente por uma questão de controlo e de credibilidade em julgamento.

O agente encoberto tem legitimidade, por exemplo, para adquirir produtos estupefacientes ou fornecer telemóveis que vão ser posteriormente utilizados para planejar um assalto a um banco. Contudo, o agente encoberto não pode participar no assalto a esse banco.

É ainda admissível a utilização de identidade fictícia, que é autorizada por, exemplo no caso da DEA (*Drug Enforcement Administration*), pelo respetivo Diretor.

livre do autor: A atividade criminal é tal que as ações encobertas e estratégia são armas necessárias no arsenal do agente policial.

¹⁰⁴ U.S. Supreme Court – 411 U.S. 423 (1973) Consultado no sítio: <http://www.policemag.com/channel/patrol/articles/2007/01/point-of-law.aspx>, em 23/08/2014. Tradução livre do autor: Não é o simples facto de não se dizer a verdade que derrota a acusação pois há circunstâncias em que não dizer a verdade é a única técnica policial prática e disponível.

O agente encoberto tem diariamente de produzir relatos, que são assinados pelo próprio e pelo supervisor, e que serão posteriormente utilizados como prova em julgamento pelo Ministério Público.

Relevante neste sistema é também o facto de ter vindo a ser desenvolvida, desde o século XX, com base na jurisprudência, a doutrina da *entrapment*¹⁰⁵ *defense*, no intuito de garantir os direitos constitucionais dos cidadãos¹⁰⁶.

A *entrapment defense* destina-se essencialmente, à defesa do provocado e aos seus direitos fundamentais, assentando num modelo subjetivo e num modelo objetivo.

O modelo subjetivo procura demonstrar que a decisão criminosa teve origem na ação policial. Já o modelo objetivo foi adotado pelo *American Law Institute* no *Model Code Penal*¹⁰⁷ dos EUA que prevê na Seção 2.13 a *Entrapment defense*, definindo-a como sendo a ação levada a cabo por um agente policial, ou por um terceiro em cooperação com aquele, no sentido de induzir ou encorajar outra pessoa a cometer um crime no intuito de recolher provas que levem à sua condenação. É ainda elencado o tipo de ações que podem ser consideradas *entrapment*.

b) Espanha

a. Enquadramento legal

No ordenamento jurídico espanhol a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LEC)¹⁰⁸ (*Código de Processo Penal Espanhol*) é o instrumento legal que

¹⁰⁵ Entrapment - pode ser traduzido por “burlar”, “apanhar na armadilha” ou “vigarizar”.

¹⁰⁶ AIRES DE SOUSA, Susana, *Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões*, p.1228.

¹⁰⁷ É um texto legal que foi desenvolvido pelo American Law Institute (ALI) em 1962.

¹⁰⁸ Aprovado pelo Decreto Real de 14 de setembro de 1882 sendo que a última alteração foi através do Real Decreto-Ley nº 3/2013 de 22 de fevereiro.

regulamenta o regime jurídico das ações encobertas em Espanha, em particular no seu Título III, nos artigos 282º e 282º bis, que se transcrevem a seguir.

TÍTULO III

De la Policía Judicial

Artículo 282

La Policía Judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para

comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.

Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial.¹⁰⁹

Artículo 282 bis

1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.

La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto.

La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

¹⁰⁹ (tradução livre do autor)

TÍTULO III

Da Polícia Judiciária

Artigo 282

A Polícia Judiciária tem como missão, e é obrigação de todos os funcionários, averiguar os crimes públicos que sejam cometidos no seu território ou demarcação; praticar, segundo as suas atribuições, as diligências necessárias para os comprovar e descobrir os autores, e recolher todos os efeitos, instrumentos e provas do crime que haja perigo de perda, colocando-os à disposição da autoridade judiciária.

Se o crime for daqueles que só possam ser investigados mediante queixa da parte legítima, têm a mesma obrigação referida no parágrafo anterior caso seja necessário. A ausência de denúncia não impedirá a prática das primeiras diligências de prevenção e asseguramento dos delitos relativos à propriedade intelectual e industrial.

2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.

Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.

b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.

c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.

d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.

e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.

f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.

g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.

h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.

i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.

j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.

k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.

l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.

m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.

n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.

o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.¹¹⁰

¹¹⁰ (tradução livre do autor)

Artigo 282 bis

1. Para os fins previstos no artigo anterior e quando se trate de investigações que digam respeito a criminalidade organizada, o Juiz de Instrução competente ou o Ministério Público dando conhecimento ao Juiz, poderão autorizar os funcionários da Polícia Judiciária, mediante despacho fundamentado e tendo em conta a necessidade dos fins da investigação, a atuar sob falsa identidade e a adquirir e transportar os objetos, efeitos e instrumentos do crime e a adiar a apreensão dos mesmos. A identidade fictícia será outorgada pelo Ministério do Interior por um prazo de seis meses prorrogáveis por períodos de igual duração, com legitimidade para atuar em tudo o relacionado com a investigação concreta e a participar no tráfico jurídico e social com a mesma identidade.

b. Princípios

No contexto da referida lei, o regime das ações encobertas em Espanha é regulado por diversos princípios:

O despacho deverá conter o nome verdadeiro do agente e a identidade fictícia com a qual atuará no caso concreto.

O despacho será reservado e deverá conservar-se fora do processo com a devida segurança. A informação que o agente encoberto vá obtendo deverá ser encaminhada com a maior brevidade possível a quem autorizou a investigação. Além disso, essas informações devem ser fornecidas ao processo na sua totalidade as quais serão conscientemente avaliadas pelo tribunal competente.

2. Os funcionários da Polícia Judiciária que tenham atuado numa investigação com identidade fictícia em conformidade com o previsto no nº1, poderão manter a mesma identidade quando testemunhem no processo sobre os factos que intervieram e sempre que seja acordado por despacho judicial fundamentado, sendo-lhe também aplicado o previsto na Lei Orgânica 19/1994 de 23 de dezembro.

Nenhum funcionário da Polícia Judiciária poderá ser obrigado a atuar como agente encoberto.

3. Quando as atuações possam afetar os direitos fundamentais, o agente encoberto deverá solicitar ao órgão judicial competente as autorizações que, nesse âmbito, Constituição e a Lei estabeleçam, assim como cumprir as demais previsões legalmente aplicáveis.

4. Para os efeitos assinalados no nº1 do presente artigo, considerar-se-á criminalidade organizada a associação de três ou mais pessoas para realizar, de forma permanente e reiterada, condutas que tenham como fim cometer algum ou alguns dos seguintes crimes:

- a. Crimes de obtenção e tráfico ilícito de órgãos humanos e transplante dos mesmos, previstos no artigo 156bis do Código Penal.
- b. Crimes de sequestro de pessoas previsto nos artigos 164 a 166 do Código Penal.
- c. Crimes de tráfico de seres humanos previsto no artigo 177 bis do Código Penal.
- d. Crimes relativos à prostituição previstos nos artigos 187 a 189 do Código Penal.
- e. Crimes contra o património e contra a ordem socioeconómica previstos nos artigos 237, 243, 244, 248 e 301 do Código Penal.
- f. Crimes relativos à propriedade intelectual e industrial previstos nos artigos 270 a 277 do Código Penal.
- g. Crimes contra os direitos dos trabalhadores previstos nos artigos 312 e 313 do Código Penal.
- h. Crimes contra os direitos dos cidadãos estrangeiros previsto no artigo 318 bis do Código Penal.
- i. Crimes de tráfico de espécies da flora e fauna ameaçada previstos nos artigos 332 e 334 do Código Penal.
- j. Crimes de tráfico de material nuclear e radioativo previsto no artigo 345 do Código Penal.
- k. Crimes contra a saúde pública previstos nos artigos 368 a 373 do Código Penal.
- l. Crimes de falsificação de moeda, previsto no artigo 386 do Código Penal e de falsificação de cartões de crédito ou débito ou cheques de viagem previsto no artigo 399 bis do Código Penal
- m. Crime de tráfico e depósito de armas, munições e explosivos previsto nos artigos 566, a 568 do Código Penal.
- n. Crimes de terrorismo previstos nos artigos 572 a 578 do Código Penal.
- o. Crimes contra o património histórico previstos no artigo 2.1.e da Lei Orgânica 1271995 de 12 de dezembro, do combate ao contrabando.

O agente encoberto estará isento de responsabilidade penal por aquelas atuações que sejam consequência necessária do desenvolvimento da investigação, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma e não constitua uma provocação ao delito. Para poder proceder penalmente contra o mesmo pelas atuações realizadas com os fins da investigação, o juiz competente para conhecer a causa deverá, imediatamente após ter conhecimento da atuação de algum agente encoberto na mesma, requer informações relativas a tal circunstância, de quem autorizou a identidade fictícia, em atenção à qual tomará a decisão adequada.

“De modo general através de principio de legalidad, debe la infiltración ser un medio de investigación previsto en la ley. Por la subsidiariedad, debe ser utilizado unicamente cuando no se puede obtener la finalidad de investigación de la banda organizada con outro medio que sea menos restrictivo. En respeto al principio de proporcionalidad, unicamente se puede emplear esta medida para el descubrimiento de supuestos delictivos de naturaleza graves. Por fin, deberá ser observado el principio de autorización, intervención y control judicial de la medida de investigación encubierta.”¹¹¹

Vejamos então os princípios base que regem o presente regime.

i. Princípio da legalidade

Conforme se verifica pelo supra disposto, no ordenamento jurídico espanhol, o regime jurídico das ações encobertas tem previsão legal, encontrando-se vertido na referida legislação (*LEC*). Ora, o princípio da legalidade exige que qualquer restrição aos direitos liberdades e garantias tenha uma clara previsão legal. Assim, o ordenamento jurídico espanhol escarpeliza os pressupostos legais a que o respetivo regime jurídico das ações encobertas está sujeito.

As ações encobertas no regime jurídico espanhol têm apenas como finalidade a repressão e investigação de crimes ocorridos e não fins preventivos, conforme resulta da conjugação da primeira parte do nº1 do art.282ºbis com o art.282º da *LEC*.

¹¹¹ PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y processo penal garantista: límites y desafíos*, p.290. Tradução livre do autor: De um modo geral através do princípio da legalidade, as ações encobertas devem ser um meio de investigação com previsão legal. Para a subsidiariedade, deve ser utilizado unicamente quando não se pode obter a finalidade da investigação do grupo organizado com outro meio menos restritivo. Com respeito ao princípio da proporcionalidade, unicamente se pode empregar esta medida para descobrir os suspeitos de crimes graves. Por fim deverá ser observado o princípio da autorização, intervenção e controlo judicial das ações encobertas.

Desta forma, são competentes para autorizar ações encobertas, o Juiz de Instrução ou o Ministério Público, sendo que neste último caso, o Ministério Público tem que dar imediatamente conhecimento dessa autorização ao Juiz de Instrução.

A lei não esclarece se quando o Ministério Público autoriza uma ação encoberta e é obrigado a dar conhecimento dessa autorização ao Juiz de Instrução, este tem que tomar alguma posição ou se o seu silêncio tem algum significado jurídico e, nesse caso, a partir de que período.

Prevê-se ainda que, sempre que a atuação do agente encoberto possa afetar direitos fundamentais, este deva solicitar à autoridade judiciária competente as autorizações que a Constituição e a Lei requerem, bem como as que constem nas demais normas legais que se apliquem ao caso concreto, conforme previsto no nº3 do art. 282ºbis da LEC.

ii. Princípio da subsidiariedade

A letra da lei não prevê expressamente a excecionalidade das ações encobertas como meio de obtenção de prova. De qualquer forma, a doutrina espanhola entende que esta técnica de investigação deve ser utilizada como *ultima ratio*, ou seja, quando não houver outro meio de investigação menos invasivo.

Como tal, a doutrina espanhola considera que “*La subsidiariedad o excepcionalidad como principio rector de las actuaciones encubiertas consiste en la defensa de que el método de infiltración policial sea utilizado siempre que sean agotadas previamente todas las posibilidades de utilización de técnicas y métodos de investigación menos invasivos y restrictivos de derechos y garantías*”.¹¹²

¹¹² PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, p.294. Tradução livre do autor: a subsidiariedade e a excecionalidade como princípios orientadores das ações encobertas consistem na defesa de que o método de infiltração policial seja utilizado sempre que estejam esgo-

iii. Princípio da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade, segundo a doutrina espanhola, é fundamental para manutenção da harmonia necessária do Direito Processual Penal e, conseqüentemente, para alcançar o equilíbrio entre a eficácia do Estado e o respeito pelos direitos liberdades e garantias.

Assim, as ações encobertas só são admissíveis relativamente aos crimes elencados no nº4 do art.282º bis da LEC e, concomitantemente, que sejam praticados de forma organizada segundo o nº1 do mesmo artigo, sendo que a definição de delinquência organizada está também vertida no nº4 do art.282º bis da LEC. Ou seja, para uma ação encoberta ser suscetível de ser autorizada, não basta que estejamos perante um dos crimes elencados, é ainda necessário que o(s) crime(s) objeto da investigação seja(m) praticado(s) por três ou mais pessoas, de forma permanente e reiterada.

c. O Agente Encoberto

i. Definição

O agente encoberto no ordenamento jurídico espanhol é definido pela jurisprudência como:

“es el agente de la autoridad que conoce o tiene noticias de la existencia de una actividad delictiva y se infiltra entre quienes la llevan a cabo en busca de información y pruebas que permitan impedir o sancionar el delito”¹¹³

tadas previamente todas as possibilidades de utilização de técnicas e métodos de investigação menos invasivos e restritivos de direitos e garantias.

¹¹³ Ac. do Tribunal Supremo Espanhol STS 1316/2011, de 01/03/2011, p.9, consultado no sítio <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5897873&links=&optimize=20110331&publicinterface=true> em 13/06/2014.

No Título III da LEC, incluindo o artigo 282, sob a epígrafe *Policía Judicial*¹¹⁴, são atribuídas as respectivas competências aos órgãos de polícia criminal espanhóis, nomeadamente, a de investigar no território espanhol os crimes públicos.

Do regime exposto conclui-se que apenas um agente das forças de segurança espanholas¹¹⁵ possa ser um agente encoberto, não admitindo tal possibilidade a quaisquer outras entidades ou indivíduos. Tal é também o entendimento de FLÁVIO CARDOSO PEREIRA, enfatizando que:

*“A nuestro juicio nos parece más acertado defender que el agente infiltrado en el seno de la organización criminal debe de forma obligatoria pertenecer a las fuerzas de seguridad policiales.”*¹¹⁶

Ainda o mesmo autor considera que tem que ser um agente especialmente preparado, sendo que só poderá praticar crimes que tenham relação direta com o objeto da investigação tal como disposto no nº1 do art.282º bis da LEC.

Prevê-se também o princípio do voluntariado do agente policial em participar numa ação encoberta como agente encoberto, nos termos do nº2 do art.282º bis da LEC. Também sufragado por FLÁVIO CARDOSO PEREIRA, com o qual concordamos, é o entendimento que, *“En cualquier caso, ningún agente estatal, por más especializado y cualificado que sea, está obligado a actuar como infiltrado. Tal*

Tradução livre do autor: é o agente de autoridade que conhece e tem notícias da existência de uma atividade criminosa e se infiltra entre aqueles que a levam a cabo em busca de informações e provas que permitam prevenir e sancionar o crime.

¹¹⁴ Polícia Judicial entendida como uma função específica dentro das funções gerais de Polícia.

¹¹⁵ Podendo ser o Corpo Nacional de Polícia, a Guarda Civil e os Corpos de Polícia Autónomas.

¹¹⁶ PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, p.246. Tradução livre do autor: Em nosso entendimento, parece-nos mais acertado defender que o agente infiltrado no seio de uma organização criminosa deve obrigatoriamente pertencer às forças de segurança policiais.

disposición se justifica por la naturaleza ardua del trabajo a ser ejecutado por el agente encubierto.”¹¹⁷

ii. Identidade fictícia

Também, conforme o disposto no nº1 do art. 282º bis da LEC, o agente encoberto pode ser autorizado a atuar com identidade fictícia por um prazo de seis meses, prorrogável por iguais períodos. A lei não refere, contudo, qual a duração máxima pela qual a ação encoberta pode ser autorizada.

A identidade fictícia é um mecanismo de proteção do agente encoberto fundamental e que também acolhe a opinião de FLÁVIO CARDOSO PEREIRA quando refere que, *“El secreto sobre la efectiva identidad del infiltrado representa una conditio sine quonon para que pueda cumplirse una acción encubierta de penetración en el seno de una determinada organización de delincuentes, con la finalidad fundamental de establecer una relación de confianza e intimidad con los presuntos delincuentes que le permita obtener información que sirva para la persecución penal de los mismos.”¹¹⁸*

Essa identidade fictícia poderá ser mantida pelo agente encoberto, inclusive, quando este preste declarações no processo, mediante prévia decisão judicial fundamentada, sendo então aplicado o regime disposto na *Ley Orgánica 19/1994 de diciembre*.¹¹⁹

¹¹⁷ PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, p.287. Tradução do autor: Em qualquer caso, nenhum agente, por mais especializado e qualificado que seja está obrigado a atuar como infiltrado. Tal disposição justifica-se com a natureza árdua do trabalho a ser executado pelo agente encoberto.

¹¹⁸ PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, p.281. Tradução livre do autor: O segredo da verdadeira identidade do agente encoberto representa uma *conditio sine qua non* para que se possa cumprir uma ação encoberta numa determinada organização de delinquentes com a finalidade fundamental de estabelecer uma relação de confiança e intimidade com os suspeitos que lhe permita obter informação que sirva para acusação dos mesmos.

¹¹⁹ Lei de Proteção de Testemunhas e Peritos (LPTP) em processos crime.

Quanto aos resultados da ação encoberta, a lei requer que toda a informação recolhida pelo agente encoberto deva ser comunicada o mais brevemente possível à autoridade judiciária que autorizou a ação encoberta. Ademais, nos termos do disposto do nº5 do art.282º bis da LEC, o agente encoberto estará isento de responsabilidade criminal por aqueles atos que sejam consequência necessária do trabalho de investigação, mas que mantenham a devida proporcionalidade relativamente ao fim da investigação e não constituam uma ação de provocação.

c. Inglaterra

O regime jurídico das ações encobertas no Reino Unido encontra-se vertido no “*Regulation of Investigatory Powers Act 2000*”¹²⁰ (RIPA), regulamentado pelo “*Covert Human Intelligence Sources Code of Practice*”¹²¹.

A Parte II do RIPA sob a epígrafe “*Surveillance and covert human intelligence sources*”, regula os pressupostos e princípios de utilização das ações encobertas.

a. Definição e exemplos de ações encobertas

Na Seção 26 e Subseção 8 do RIPA 2000 refere-se que uma pessoa é considerada um agente encoberto se:

- Estabelecer ou manter uma relação pessoal ou outra de outro tipo com uma pessoa com o propósito encoberto de facilitar a ação de algo que se enquadre nos *itens* seguintes:

¹²⁰ Aprovado pelo Parlamento do Reino Unido em 26 de julho de 2000 e regulamenta a utilização de escutas telefónicas, vigilâncias, recolha de informação e ações encobertas sendo que já teve desde então diversos aditamentos. Consultado no sítio <http://www.legislation.gov.uk> em 03/08/2014.

¹²¹ Código prático orientador do uso ou condutas de ações encobertas (**CHIS**) pelas autoridades públicas de acordo com a Part II of the 2000 Act.

- Dissimuladamente usar essa relação para obter informações ou para facultar o acesso a outra pessoa de qualquer informação;
- Dissimuladamente divulgar informações obtidas pelo uso de tal relacionamento, ou como consequência da existência de tal relação;

Os casos que se apresentam de seguida exemplificam ações encobertas em que é necessário uma autorização CHIS¹²² (Covert Human Intelligence Source).

Exemplo:

*Intelligence suggests that a shopkeeper will sell alcohol to juveniles from a room at the back of the shop, providing he has first got to know and trust them. As a consequence the public authority decides to deploy its operative on a number of occasions, **to befriend the shopkeeper and gain his trust, in order to purchase alcohol.** In these circumstances a relationship has been established and maintained for a covert purpose and therefore a CHIS authorisation should be obtained.*¹²³

No exemplo supra, o pressuposto essencial para ser obrigatória uma autorização de ação encoberta é o estabelecimento e manutenção de uma relação com um propósito encoberto.

É ainda admissível a utilização de terceiros que, em função da sua profissão ou do acesso que têm a informação pertinente, fornecem repetidamente, e de forma voluntária, informações à Polícia. Nestes casos, e para que haja um controlo e avaliação efetivos, é também obrigatório uma autorização para uma ação encoberta.

¹²² CHIS - Covert Human Intelligence Sources – Ação Encoberta.

¹²³ Covert Human Intelligence Source, Code of Practice, Home Office, Published by TSO (The Stationery Office) e consultado no https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/97958/code-practice-human-intel.pdf, p.10.

Tradução livre do autor: “O serviço de informações informa que um comerciante venderá álcool a menores a partir de um espaço no fundo da loja, contando que primeiramente os conheça e confie neles. Como consequência a autoridade pública decide enviar operacionais diversas vezes de forma a ganhar confiança com o comerciante para comprar álcool. Nestas circunstâncias, uma relação foi estabelecida e mantida com um propósito encoberto e portanto uma autorização CHIS deve ser obtida.”

Exemplo:

*Mr Y volunteers information to a member of a public authority about a work colleague out of civic duty. Mr Y is not a CHIS at this stage as he has not established or maintained (or been asked to establish or maintain) a relationship with his colleague for the covert purpose of obtaining and disclosing information. However, Mr Y is subsequently contacted by the public authority and is asked if he would ascertain certain specific information about his colleague. At this point, it is likely that Mr Y's relationship with colleague is being maintained and used for the covert purpose of providing that information. A CHIS authorisation would therefore be appropriate to authorise interference with the Article 8 right to respect for private and family life of Mr Y's work colleague.*¹²⁴

Neste exemplo, pretende-se esclarecer a diferença entre um informador que voluntariamente presta informações aos OPC, sem qualquer solicitação prévia, e o momento a partir do qual esse mesmo informador é abordado para fornecer determinada informação concreta de forma encoberta. Nesta última hipótese, no regime inglês, é obrigatório obter uma autorização de ação encoberta.

¹²⁴ Covert Human Intelligence Source, Code of Practice, Home Office, Published by TSO (The Stationery Office) e consultado no sítio: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/97958/code-practice-human-intel.pdf, p.14.

Tradução livre do autor: “Por dever cívico o Sr. Y fornece voluntariamente informações a um membro de uma autoridade pública sobre um colega de trabalho. O Sr. Y não é CHIS nesta fase já que não estabeleceu ou manteve (ou foi convidado a estabelecer ou a manter) uma relação com o seu colega de trabalho com o propósito encoberto de obter e divulgar informações. Contudo o Sr. Y é posteriormente contactado por uma autoridade pública que lhe pergunta se ele poderia averiguar uma informação específica sobre o seu colega. Neste momento é provável que a relação do Sr. Y com o seu colega está sendo mantida e utilizada com o propósito encoberto de obter essa informação. Uma autorização para CHIS seria portanto apropriada para autorizar a interferência com o artigo 8, direito ao respeito pela vida familiar privada do colega de trabalho do Sr. Y.”

a. Princípios

i. Princípio da necessidade

As ações encobertas necessitam de uma autorização prévia nas seguintes situações:

- se estão em causa interesses de segurança nacional, para prevenir ou detetar um crime e para prevenir distúrbios;
- no interesse do bem-estar económico do Reino Unido e no interesse da segurança pública;
- com intuito de proteger a saúde pública;
- com o propósito de avaliar ou de cobrança de quaisquer impostos, dívidas, contribuições ou taxas devidas a um departamento governamental;
- para qualquer propósito que não se enquadre em nenhum dos *items* anteriores e que é especificado para os fins desta subsecção através de despacho proferido pelo Secretário de Estado.

ii. Princípio da proporcionalidade

A ação encoberta autorizada tem que ser proporcional ao objetivo que se pretende alcançar com essa mesma ação.

O simples facto de se estar perante a suspeita de um crime grave não é suficiente para considerar uma ação encoberta como proporcional. Contudo, um crime menor pode por si só ser desproporcional à utilização de uma ação encoberta.

iii. Princípio da subsidiariedade

Prevê-se ainda o princípio da subsidiariedade, pelo qual só são admissíveis ações encobertas quando outros meios de obtenção de prova menos intrusivos não permitam obter a informação pretendida. Neste caso, deve ser previamente analisado que outros meios de obtenção de prova menos intrusivos foram considerados e qual a razão de não terem sido adotados.

c. Autorização de uma ação encoberta

i. Pressupostos

A entidade responsável pela autorização necessária para ser desencadeada uma ação encoberta (CHIS) depende de que autoridade pública é responsável pela CHIS, designada de “*authorising officer*”¹²⁵.

A seguir apresenta-se uma tabela onde constam algumas autorizações de meios de obtenção de prova entre as quais a CHIS.¹²⁶

Tactic	Authority Level
Interception of communication (wire tap)	Home Secretary
Property interference (i.e. entering a car to fit a listening device)	Chief Constable with the pre-authority of the OSC
Intrusive surveillance (i.e. activating and recording the listening device)	Chief Constable with the pre-authority of the OSC
Undercover officer & CHIS deployments	Superintendent ³⁵
Acquisition of telecoms data (billing & subscriber)	Superintendent
Directed surveillance (i.e. planned observations to prevent local crime)	Superintendent

¹²⁵ A lista das autoridades públicas com competência para autorizar Ações Encobertas encontra-se vertida no *Regulation of Investigatory Powers (Directed Surveillance and Covert Human Intelligence Sources) Order 2010* consultado no sítio <http://www.legislation.gov.uk> em 03/08/2014.

¹²⁶ HMIC – Inspecting policing in the public interest, *A review of national police units which provide intelligence on criminality associated with protest*, p.22, consultado no sítio: <http://www.hmic.gov.uk/media/review-of-national-police-units-which-provide-intelligence-on-criminality-associated-with-protest-20120202.pdf> em 23/08/2014.

A autorização deve ser, por regra, escrita mas admite-se que seja de forma oral em casos de manifesta urgência. No entanto, nesses casos, deve ser registada uma declaração por quem recebeu ou a quem foi comunicada oralmente a autorização.

A autorização tem uma duração de doze meses, com possibilidade de renovação por mais que uma vez, não se encontrando contudo, previsto legalmente o número de renovações permitidas.

O *authorising officer* tem que avaliar o caso concreto e acreditar que a autorização da ação encoberta é efetivamente necessária e proporcional aos fins que se pretendem alcançar. Esta ponderação deve abranger também o equilíbrio entre a intrusão na privacidade do visado e o objeto da operação.

O *authorising officer* é responsável (i) pela renovação e extensão da autorização da ação encoberta, (ii) pelo cumprimento, por parte do agente encoberto, dos limites e extensão da ação encoberta, e ainda (iii) por qualquer questão relacionada com a segurança do agente encoberto. O agente encoberto deve estar perfeitamente consciente da extensão e dos limites das condutas autorizadas na ação encoberta.

Um agente encoberto que use um dispositivo para gravar qualquer atividade ilícita dentro de uma residência ou num veículo privado não necessita de qualquer autorização adicional além da autorização inicial da ação encoberta.

ii. Conteúdo da autorização

Uma autorização deve conter a seguinte informação:

- As razões pelas quais a autorização é necessária no caso em concreto, de acordo com os motivos listados na Seção 29(3) do RIPA, e se é para efeitos de prevenção ou repressão criminal;
- As finalidades para as quais o agente encoberto foi incumbido, por exemplo, em relação a tráfico de estupefacientes, roubos, etc;
- Onde a investigação ou operação em concreto está a decorrer e a natureza dessa investigação ou operação;
- Qual será a natureza da conduta do agente encoberto;
- Os pormenores de eventuais intrusões colaterais e a justificação para a intrusão;
- Detalhes de qualquer informação confidencial susceptível de ser obtida em consequência da autorização;
- As razões pelas quais a autorização é considerada proporcional ao que se pretende alcançar;
- O nível de autorização necessário ou recomendado; e
- Um registo posterior se a autorização foi concedida ou recusada, por quem e a respetiva data e local.

iii. Segurança do Agente Encoberto

A autoridade responsável pela autorização da ação encoberta deve ter em conta a segurança e bem-estar do agente encoberto, as consequências para terceiros das diligências realizadas pelo agente encoberto, devendo também analisar o risco dessas mesmas diligências virem a ser detetadas.

Deve ter ainda em consideração, após o termo da ação encoberta, a gestão de qualquer requerimento de publicidade da ação encoberta e de identificação do agente encoberto, inclusivamente em tribunal.

d. Prova recolhida pelo Agentes Encoberto

O material probatório recolhido pelo agente encoberto pode ser usado como prova em processo penal.

A admissibilidade dessa prova encontra-se regulada, na *common law*, pela *Civil Procedures Rules*, seção 78 do *Police and Criminal Evidence Act 1984* e *Human Rights Act 1998*.

O Code of Practice não prejudica a aplicação de tais regras, porquanto, a obtenção de autorizações apropriadas são um garante na admissibilidade das provas coligidas por um agente encoberto.¹²⁷

d) Alemanha

a. Enquadramento legal e pressupostos

O regime das ações encobertas no regime jurídico alemão encontra-se vertido no Código de Processo Penal Alemão¹²⁸ (CPP), mais concretamente nas Seções 110a, 110b e 110c.

Segundo o previsto na Seção 110a do CPP a Alemão, a utilização de agentes encobertos só é admissível para fins repressivos, e não preventivos, quando estiverem preenchidos os seguintes pressupostos:

¹²⁷ Covert Human Intelligence Source, Code of Practice, Home Office, Published by TSO (The Stationery Office), p.45, consultado no sítio: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/97958/code-practice-human-intel.pdf.

¹²⁸ Código de Processo Penal, na versão publicada em 7 de Abril de 1987 (Jornal Oficial Federal [Bundesgesetzblatt] Parte I, p.1074 a 1319), com a última redação dada pelo artigo 5 subseção (4) da Lei de 10 de Outubro de 2013 (Jornal Oficial Federal parte I, p.3799).

- Tratar-se de um crime com uma substancial gravidade e onde haja suficientes indícios que demonstrem que ocorreu;
- Na esfera do comércio ilegal de drogas ou armas, de falsificação de dinheiro ou selos oficiais;
- Na esfera da segurança nacional;
- Com base numa relação comercial ou habitual; ou
- Cometido por um membro de um grupo de alguma forma organizada.

É ainda admissível a utilização de agentes encobertos para esclarecer crimes em que certos factos confirmam o risco de os mesmos se voltarem a repetir. E, por último, para esclarecer crimes onde a particularidade da ofensa considera a ação encoberta como necessária e as outras medidas não oferecem perspectivas de sucesso.

Segundo o previsto na Seção 110b do CPP alemão, o agente encoberto só pode atuar como tal quando estiver previamente autorizado pelo Ministério Público. A autorização deve ser emitida por escrito e por um período concreto, sendo que a lei não estipula qualquer prazo. Contudo, são admissíveis prorrogações desde que se mantenham reunidos os mesmos pressupostos.

O parágrafo 2 da Seção 110b do CPP alemão, exige que o uso de agentes encobertos em ações que tenham como alvo um concreto suspeito e que impliquem que o agente encoberto tenha que se introduzir num local reservado e não acessível ao público, tenha o prévio consentimento do tribunal. No entanto, em circunstâncias urgentes será suficiente a autorização do Ministério Público.

b. Princípios

i. Princípio da subsidiariedade

A Seção 110a do CPP alemão dispõe que as ações encobertas só serão admissíveis quando outros meios de obtenção de prova de crimes graves não ofereçam perspectivas de sucesso ou que tal sucesso seja mais difícil de alcançar.

O legislador alemão considerou, assim, que será apenas necessário fundamentar que a utilização de outros meios de obtenção de prova, para além das ações encobertas, não oferecem garantias de esclarecimento do crime em investigação, ou que esse esclarecimento seria muito difícil de obter

c. O Agente Encoberto

No regime alemão, só os funcionários da Polícia é que podem ser agentes encobertos e utilizar identidade fictícia, impedindo assim que qualquer outro indivíduo ou entidade tenham capacidade jurídica para tal, nos termos do estipulado na Seção 110a, parágrafo 2, do CPP alemão.

De acordo com o parágrafo 3 da Seção 110b do CPP alemão, a identidade fictícia do agente encoberto pode ser mantida secreta mesmo após o termo da operação. No entanto, o Ministério Público ou o Tribunal que autorizaram a ação encoberta, podem exigir que a verdadeira identidade do agente encoberto lhes seja revelada. Nos restantes casos, é admissível manter a identidade fictícia secreta, nos termos da Seção 96¹²⁹ do CPP alemão, particularmente se houver razões para recear

¹²⁹ Seção 96 do CPP Alemão - [Official Documents]

Submission or surrender of files or other documents officially impounded by authorities or public officials may not be requested if their highest superior authority declares that publication of the content of these files or documents would be detrimental to the welfare of the Federation or of a German Land. The first

que a revelação da identidade fictícia colocaria em perigo a vida, a integridade física ou a liberdade do agente encoberto ou de outra pessoa, ou que colocaria ainda em risco a continuidade da utilização daquele agente encoberto.

É nesse sentido que o regime jurídico alemão prevê que o agente encoberto quando preste declarações em audiência de julgamento o faça fora da sala de audiências e mediante distorção de voz e imagem, de acordo com a interpretação efetuada pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha da Seção 247a do CPP alemão através do Acórdão BGH 1 StR 111/02 de 26.09.2002.

De qualquer forma, a questão do regime das declarações do agente encoberto em audiência de julgamento não tem sido pacífica quer no ordenamento jurídico alemão quer noutros sistemas jurídicos. Inclusivamente em Portugal, o RJAÉ não é claro relativamente a esta matéria. Pelo que no capítulo seguinte propomo-nos abordar esta questão e apresentar com maior precisão o contexto desta controvérsia.

sentence shall apply mutatis mutandis to files and other documents held in the custody of a Member of the Federal Parliament or of a Land parliament or of an employee of a Federal or Land parliamentary group where the agency responsible for authorizing testimony has made a corresponding declaration.

Tradução livre do autor: Documentos Oficiais - Envio ou entrega de arquivos ou outros documentos oficialmente apreendidos por autoridades ou funcionários públicos não podem ser solicitados se a sua mais alta autoridade superior declarar que a publicação do conteúdo desses arquivos ou documentos seria prejudicial para o bem-estar da Federação ou de um Land alemão. A primeira frase aplica-se *mutatis mutandis* aos arquivos e outros documentos mantidos sob a custódia de um membro do Parlamento Federal, de um parlamento local, de um empregado de um grupo parlamentar Federal ou local onde a agência responsável pelo autorização de testemunha efetuou a correspondente declaração.

CAPITULO III

1. As declarações do agente encoberto em audiência de julgamento

a) Pressupostos

O art. 4º do RJAЕ, que se transcreve de seguida, sob a epígrafe “*Protecção de funcionário e terceiro*” aborda a prestação de depoimento do agente encoberto que tenha atuado com ou sem identidade fictícia.

Artigo 4.º

Protecção de funcionário e terceiro

1 - A autoridade judiciária só ordenará a junção ao processo do relato a que se refere o n.º 5 do artigo 3.º se a reputar absolutamente indispensável em termos probatórios.

2 - A apreciação da indispensabilidade pode ser remetida para o termo do inquérito ou da instrução, ficando entretanto o expediente, mediante prévio registo, na posse da Polícia Judiciária.

3 - Oficiosamente ou a requerimento da Polícia Judiciária, a autoridade judiciária competente pode, mediante decisão fundamentada, autorizar que o agente encoberto que tenha actuado com identidade fictícia ao abrigo do artigo 5.º da presente lei preste depoimento sob esta identidade em processo relativo aos factos objecto da sua actuação.

4 - No caso de o juiz determinar, por indispensabilidade da prova, a comparência em audiência de julgamento do agente encoberto, observará sempre o disposto na segunda parte do n.º 1 do artigo 87.º do Código de Processo Penal, sendo igualmente aplicável o disposto na Lei n.º 93/99, de 14 de Julho.

É no nº3 e nº4 deste artigo que a norma aborda diretamente as circunstâncias e as condições em que o agente encoberto presta declarações em audiência de julgamento.

O agente encoberto, apesar de processualmente ser uma testemunha (conforme já abordado no Capítulo II), no nosso ponto de vista não é uma testemunha na sua verdadeira essência, já que a sua participação na investigação nas fases processuais de instrução e julgamento pode nunca vir a ser conhecida, pois o RJAЕ não o garante.

PEDRO CUNHA LOPES entende que *“é uma testemunha particular. Há toda uma dinâmica que a envolve por isso não é uma testemunha como as outras mas é uma testemunha muito importante.”*¹³⁰

No mesmo sentido JOÃO MELO refere que o agente encoberto *“é sem qualquer dúvida uma testemunha, que beneficia de prerrogativas especiais, que constituem também direitos especiais dessa testemunha. Tais testemunhas têm direito à sua protecção e à manutenção da sua segurança e dos seus familiares, nomeadamente em tudo o que possa colocar em perigo a revelação da verdadeira identidade do agente encoberto ou do colaborador que seja chamado a depor em sede de julgamento.”*¹³¹

O agente encoberto só excecionalmente prestará declarações, pois primeiramente, a própria ação encoberta terá que ser do conhecimento do juiz de julgamento. Só após haver conhecimento que na fase de inquérito ocorreu uma ação encoberta, é que o juiz de julgamento tem que ponderar se o agente encoberto deve prestar declarações e, nesse caso, em que condições.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 17/06/2008, concluiu que cabe ao juiz de julgamento averiguar da necessidade de utilizar a prova obtida pelo agente encoberto, i.e., se ele presta ou não declarações em audiência de julgamento, referindo mesmo que o juiz de julgamento pode nunca vir a ter conhecimento da ação encoberta.

“De todo o modo, afigura-se-nos que caberá ao juiz de julgamento a última palavra sobre a necessidade de utilizar a prova obtida pelo “agente encoberto”, tendo em conta o disposto no art. 4.º n.º4 da citada Lei n.º 101/2001 e 165.º n.º1 e

¹³⁰ CUNHA LOPES, Pedro, Comunicação pessoal em 03 de setembro de 2014, ANEXO A.

¹³¹ MELO, João, Comunicação pessoal em 03 de setembro de 2014, ANEXO B.

340.º n.º1 do CPP (isto se por acaso tiver conhecimento da “ação encoberta”, o que não é garantido pelo regime em vigor).”¹³²

a. Indispensabilidade da prova

O relato da ação encoberta só é junto ao processo se a autoridade judiciária competente o reputar “*absolutamente indispensável em termos probatórios*”. Caso isso não aconteça o relato fica, na fase de Inquérito ou de Instrução, na posse da Polícia Judiciária segundo o nº1 do art.4º do RJAÉ.¹³³

Pode, contudo, acontecer que através da acusação, do despacho de pronúncia ou da produção de prova em julgamento, não chegue ao conhecimento do juiz de julgamento que ocorreu uma ação encoberta.

De qualquer forma, segundo o nº1 do art.4º do RJAÉ, caso o juiz de julgamento tome conhecimento da existência desse relato, pode também ser ordenada a sua junção na fase de julgamento, estando tal junção sujeita ao mesmo requisito de ser “*absolutamente indispensável em termos probatórios*.”

O mesmo Acórdão do TRE de 17/06/2008 considerou que, “*nos termos do art. 4.º da Lei n.º 101/2001, de 5/8, “a autoridade judiciária só ordena a junção ao processo do relato a que se refere o n.º5 do art. 3.º, se a reputar absolutamente indispensável em termos probatórios. Resulta dessa norma o carácter altamente excepcional da divulgação do relatório ora requerido. O que se compreende*

¹³² Ac. TRE de 17/06/2008, Processo nº1123/08.1, consultado no sítio: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/eb42449f1721ff42802574f1003e26da?OpenDocument> em 11/08/2014.

¹³³ De referir que quando no corpo do nº 1 do art.4º do RJAÉ se remete para o nº 5 do art.3º do mesmo diploma, o legislador pretendia remeter para o nº 6 do art.3º, pois é neste número que se aborda a questão do relato. Trata-se assim de um mero lapso de escrita.

*atendendo aos interesses em causa com o regime jurídico das acções encobertas”*¹³⁴

No entanto, caso o juiz de julgamento considere que é absolutamente indispensável, em termos probatórios, a junção do relato ao processo, com o fundamento de que o seu conteúdo contém prova pertinente que tem, por isso, de ser produzida (segundo o princípio da imediação), consideramos que tem também de determinar a comparência do agente encoberto em audiência de julgamento.

De qualquer forma, o juiz de julgamento pode analisar o conteúdo do relato e considerar como não sendo *absolutamente indispensável* em termos probatórios a sua junção. Tal consta, por exemplo, no já mencionado Acórdão do TRE de 17/06/2008, quando se refere que, “*assim, e independentemente da apreciação dos depoimentos prestados em audiência de julgamento, entendemos que a junção do relato nada trazia de útil ou necessário para a prova dos factos constantes dos autos. Se entendemos que nada traria de útil ou necessário por maioria de razão entendemos não ser “Absolutamente indispensável” nos termos legalmente exigidos.*”¹³⁵

Por outro lado, se o relato for junto ao processo na fase de julgamento por ser *absolutamente indispensável*, julgamos que a comparência do agente encoberto será então sempre *indispensável*, uma vez que esse relato, para ser valorado de acordo com o princípio da livre apreciação da prova, tem que ser reproduzido e contraditado em audiência de julgamento.

¹³⁴ Ac. TRE de 17/06/2008, Processo nº1123/08.1, consultado no sítio: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/eb42449f1721ff42802574f1003e26da?OpenDocument> em 11/08/2014.

¹³⁵ Ac. TRE de 17/06/2008, Processo nº1123/08.1, consultado no sítio: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/eb42449f1721ff42802574f1003e26da?OpenDocument> em 11/08/2014.

PEDRO CUNHA LOPES refere que *“a maior parte das vezes é a defesa que solicita o conhecimento da ação encoberta para aferir da credibilidade da ação encoberta nomeadamente devido à questão do agente provocador e saber o que se passou em concreto, pelo que não se pode deixar passar esse conhecimento.”*¹³⁶

Segundo JOÃO MELO *“o juízo de indispensabilidade que o Juiz terá de indicar na fundamentação do despacho, terá que passar pela necessidade de afastar dúvidas essenciais, criadas no espírito do julgador, sobre factos trazidos à sua apreciação (pela acusação ou pela defesa) que só poderão ser afastadas com a produção, como meio de prova, do depoimento do agente encoberto que executou a ação encoberta. Trata-se assim de uma decisão recorável.”*¹³⁷

Assim, o requisito legal do *“absolutamente indispensável”* deve ser devidamente ponderado, tal como entendeu o TRL no Acórdão de 13/02/2003, ao decidir que *“só em casos excepcionais pode a autoridade judiciária permitir que o agente encoberto ou infiltrado preste depoimento em tribunal ou que o respetivo processo de controlo judiciário seja junto aos autos principais, decisão sempre subordinada à ponderação da indispensabilidade da prova.”*¹³⁸

No CPP, e mais concretamente na fase de julgamento, é possível localizar diversos critérios de admissão de prova no art.340º (a saber, necessário e indispensável). No entanto, encontram-se outros critérios dispersos pelo mesmo código como por exemplo na alínea b) do nº1 do art.328 (absolutamente necessário), no nº4 do art.360º (indispensável) e no nº3 do art.334º (absolutamente indispensável), todos do CPP.

¹³⁶ CUNHA LOPES, Pedro, Comunicação pessoal em 03 de setembro de 2014, ANEXO A.

¹³⁷ MELO, João, Comunicação pessoal em 03 de setembro de 2014, ANEXO B.

¹³⁸ Ac. TRL de 13/02/2003, Processo nº 68469, consultado no sítio: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ceb7cdc54d57580b80256d10004e4911?OpenDocument> em 11/08/2014.

Todos estes critérios estão sujeitos à livre apreciação do julgador, de acordo com os princípios da legalidade, da descoberta da verdade material, da investigação, da necessidade, da adequação e da obtenibilidade.

A nível europeu, é de salientar a decisão do TEDH no caso “*Ludil contra Suíça*” – sentença de 15/06/1992¹³⁹, onde se decidiu que, para que os relatórios elaborados pelo agente infiltrado sejam valorados em julgamento, o mesmo tem que comparecer em audiência de julgamento, a fim de ser inquirido pelo arguido, para que este possa descredibilizar as provas carreadas. Sem essa prerrogativa, entende o referido acórdão, será violado o direito ao arguido a um processo equitativo. De qualquer forma, é também referido que tal comparência pode ocorrer de maneira a preservar a identidade fictícia do agente encoberto, com o fim de protegê-lo e permitir a sua utilização em futuras ações encobertas.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁴⁰ entende também que, “*o agente encoberto tem um dever de relato após o termo da ação, quer no caso de ação encoberta com identidade fictícia quer no caso de ação encoberta sem identidade fictícia.*” Refere ainda que o relato não é um documento pelo que só valerá enquanto meio de prova o depoimento pessoal do agente encoberto.

b. Identidade fictícia

O agente encoberto pode atuar numa ação encoberta com ou sem identidade fictícia, de acordo com o disposto no nº2 do art.5º do RJAE.

¹³⁹ Consultado no sítio: <http://www.rtdh.eu/pdf/1993313.pdf> em 12/08/2014.

¹⁴⁰ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal*, p.660 e 661.

De igual forma, para BENJAMIM SILVA RODRIGUES¹⁴¹ “*não é forçoso que os agentes de investigação criminal e a nosso ver, também o terceiro ou particular não agente policial – actuem sob identidade fictícia, mas essa é uma medida imprescindível à efectiva proteção e diminuição dos riscos do agente na específica acção encoberta.*”

Assim, quando for determinado pelo tribunal que o agente encoberto compareça em audiência de julgamento, com fundamento na indispensabilidade da prova, nos termos do nº4 do art.4º do RJAE, o agente que tenha atuado com identidade fictícia pode prestar depoimento mantendo esta mesma identidade, de acordo com o disposto no nº3 do art.4º do RJAE.

Porém, quando o legislador se refere a esta prerrogativa, refere-se exclusivamente ao agente encoberto funcionário de investigação criminal da Polícia Judiciária e não a terceiros, já que estes não podem atuar com identidade fictícia, conforme resulta da conjugação do nº1 do art.5º com o nº3 do art.4º, ambos do RJAE.

Esta prerrogativa carece de autorização da autoridade judiciária competente (o juiz de julgamento na fase de julgamento), oficiosamente ou a requerimento da Polícia Judiciária (através do Diretor da Unidade de Prevenção e Apoio Tecnológico (UPAT)). No entanto, essa identidade fictícia só pode ser utilizada para prestar declarações em processo relativo aos factos objeto da sua atuação de acordo com o disposto no nº3 do art.4º do RJAE.

A nosso ver, esta possibilidade, no âmbito do RJAE, também não é extensível a qualquer outro participante ou sujeito processual. O legislador

¹⁴¹ RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da prova penal*, Tomo II, p.128.

pretendeu, a nosso ver, dotar exclusivamente o agente encoberto (agentes da polícia criminal) desta medida protetiva.

No entanto, conforme já foi debatido em Espanha, poder-se-á levantar a questão das medidas de segurança a aplicar aos magistrados judiciais e do Ministério Público no âmbito de investigações de terrorismo e criminalidade altamente organizada, nomeadamente da possibilidade de reserva do conhecimento da respetiva identidade no âmbito do art.16º da LPT.

O conceito de testemunha vertido na LPT¹⁴² abrange qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à apreciação de factos que constituam objeto do processo, sendo que neste âmbito se poderão enquadrar os magistrados (judiciais e do Ministério Público). Assim, verificando-se os pressupostos cumulativos do art.16º da LPT, tal dispositivo poderá, em teoria, ser eventualmente aplicado a essas entidades. No entanto, ao nível da prática, e atendendo ao tipo de participação dos mencionados magistrados nas várias fases do processo, duvidamos que seja a medida mais eficaz ao nível da sua segurança.

b) Medidas de proteção do Agente Encoberto

Segundo o vertido no nº4 do art.4º do RJAE, o juiz que determinar a comparência de um agente encoberto em audiência de julgamento terá que observar duas medidas de segurança:

Desde logo, e em primeiro lugar, terá sempre que observar o disposto na segunda parte do nº1 do art.87º do CPP, que transcrevemos de seguida.

¹⁴² Art.2º a) da LPT.

Artigo 87.º

Assistência do público a actos processuais

1 - Aos actos processuais declarados públicos pela lei, nomeadamente às audiências, pode assistir qualquer pessoa. Oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, do arguido ou do assistente pode, porém, o juiz decidir, por despacho, restringir a livre assistência do público ou que o acto, ou parte dele, decorra

com exclusão da publicidade.¹⁴³

2 - O despacho referido na segunda parte do número anterior deve fundar-se em factos ou circunstâncias concretas que façam presumir que a publicidade causaria grave dano à dignidade das pessoas, à moral pública ou ao normal decurso do acto e deve ser revogado logo que cessarem os motivos que lhe deram causa.

3 - Em caso de processo por crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual, os actos processuais decorrem, em regra, com exclusão da publicidade.

4 - Decorrendo o acto com exclusão da publicidade, apenas podem assistir as pessoas que nele tiverem de intervir, bem como outras que o juiz admitir por razões atendíveis, nomeadamente de ordem profissional ou científica.

5 - A exclusão da publicidade não abrange, em caso algum, a leitura da sentença.

6 - Não implica restrição ou exclusão da publicidade, para efeito do disposto nos números anteriores, a proibição, pelo juiz, da assistência de menor de 18 anos ou de quem, pelo seu comportamento, puser em causa a dignidade ou a disciplina do acto.

A regra da publicidade dos atos processuais tem assento constitucional no art.206º da CRP, no que diz respeito às audiências dos tribunais, considerando-se que se trata de um princípio do Estado de Direito. No entanto, a própria CRP admite no mesmo artigo a exclusão da publicidade dos atos processuais mediante despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento.

Na lei ordinária, mais concretamente no art.87º do CPP, regulamenta-se essa exclusão da publicidade. Desta forma, o agente encoberto, quando prestar declarações em audiência de julgamento, usufrui sempre da restrição da livre assistência do público ou mesmo da sua publicidade, já que é uma obrigação legal que o juiz de julgamento tem que observar.

¹⁴³ Sublinhado e negrito nosso.

A segunda medida aplicável diz respeito ao disposto na Lei nº93/99 de 14 de julho, Lei de Proteção de Testemunhas (LPT).

Verifica-se, antes de mais, que o legislador fez uma remissão, *tout court*, para o regime jurídico de proteção de testemunhas, referindo apenas que o mesmo se aplica à prestação de declarações do agente encoberto em audiência de julgamento.

No entanto, o referido regime jurídico tem uma tramitação própria e um conjunto de pressupostos que têm que se verificar para que a testemunha possa usufruir dos respetivos mecanismos de proteção.

c) Proteção de testemunhas

a. Pressupostos no caso do Agente Encoberto prestar declarações

O nº2 do art.139º do CPP admite a possibilidade de testemunhas de processos onde se investigaram crimes de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, terem proteção, remetendo a respetiva regulamentação para lei especial.

Esta previsão funda-se no facto de que o depoimento nestes tipos de crimes pode colocar a testemunha em situações de elevado risco.

A Recomendação n.º R (97) 13, do Comité de Ministros de 10.09.1997, do Conselho da Europa sobre Proteção de Testemunhas, definiu um conjunto de orientações europeias que, em termos gerais, vieram a ser seguidas pelo regime

nacional de proteção de testemunhas em processo penal, regulado pela Lei nº93/99 de 14 de julho (LPT), regulamentada pelo Decreto-lei nº 190/2003 de 22 de agosto.

No nº1 do art. 1º da LPT elencam-se as condições em que, no processo penal, uma testemunha¹⁴⁴ pode usufruir das medidas de proteção, a saber:

- Perigo para a sua vida;
- Perigo para a sua integridade física;
- Perigo para a sua integridade psíquica;
- Perigo para a sua liberdade;
- Perigo para bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado.

Além dos referidos requisitos, não cumulativos, tem ainda que ser demonstrado que há um nexo causal entre esse perigo e o contributo para a prova dos factos que constituem objeto do processo, de acordo com o disposto na última parte do nº1 do art.1º da LPT.

Ademais, tais medidas são de carater excecional e só podem ser aplicadas se em concreto se mostrarem necessárias e adequadas à proteção das pessoas e à realização das finalidades do processo, nos termos da última parte do nº4 do art.1º da LPT.

Assim, quando o RJAЕ refere que se aplica a LPT ao agente encoberto quando este preste declarações em audiência de julgamento, entendemos que o legislador pretendeu que se aplicassem os mecanismos de proteção mais eficazes atendendo às razões de segurança inerentes à figura do agente encoberto. Referimo-nos ao uso da teleconferência (utilização de meios audiovisuais na prestação de depoimento do agente encoberto em local diferente daquele em que se encontra o arguido) com distorção da imagem e da voz, previstos no art.5º da LPT. Contudo,

¹⁴⁴ As medidas podem também abranger familiares e outras pessoas próximas da testemunha segundo o nº2 do art.1º da LPT.

esta medida, além dos requisitos já mencionados, exige que no requerimento da utilização de teleconferência sejam indicadas as circunstâncias concretas que justificam a medida, conforme referido no nº2 do art.6º da LPT.

De acordo com o art.6º nº1 da LPT, o requerimento (fundamentado) pode ser efetuado pelo Ministério Público, pelo arguido ou pela testemunha e, no nosso entendimento, também pela Polícia Judiciária, em representação do agente encoberto, por força do nº3 do art.4º do RJAE.

No caso de ser autorizada a acumulação da teleconferência com distorção de imagem ou voz, ou ambas, deve ser facultado o acesso exclusivo ao juiz de julgamento do som e imagem não distorcidos, conforme o expandido no nº1 do art. 14º da LPT.

De acordo com os arts.7º, 8º e 9º da LPT, a prestação de depoimento ou declarações à distância ocorre em edifício público, cujo acesso pode ser restringido pela autoridade judiciária, impendendo sob o pessoal técnico interveniente uma obrigação de sigilo quanto ao local e à identidade da testemunha, sob pena de desobediência qualificada.

Ainda, segundo os arts.10º, 11º e 12º da LPT, o referido ato é realizado na presença de um magistrado judicial, havendo lugar à formulação de perguntas à distância e existindo a possibilidade da testemunha proceder ao reconhecimento de pessoas, documentos ou objetos.

Por último, de acordo com o nº2 do art.14º da LPT, não obstante a prestação de depoimento ou de declarações ser feita à distância, é imperativo assegurar a comunicação autónoma e direta, quer entre o juiz presidente e o magistrado acompanhante, quer entre o arguido e o seu defensor.

Consideramos que, atendendo ao meio em que o agente encoberto desenvolve as diligências probatórias, e à necessidade da sua manutenção em futuras ações encobertas, corre, sem mais, um perigo concreto contra a sua vida, a sua integridade física e psíquica, e a sua liberdade e, eventualmente, dos seus familiares ou pessoas próximas.

Na reunião plenária de 21 de junho de 2001 onde se procedeu à discussão conjunta na generalidade da proposta de lei nº79/VIII que antecedeu o RJAE, o Sr. Ministro da Justiça, referiu que *“a segurança dos agentes é outro domínio sensível, quer por actuarem junto dos criminosos, quer por estarem sujeitos a eventuais represálias. Assim, desde logo, ninguém pode ser obrigado a participar numa actuação encoberta. Além disso, prevêem-se regras de proteção do agente no que toca aos meios pelos quais a prova assim produzida é apresentada no processo e um regime de identidade fictícia.”*¹⁴⁵

O Sr. Ministro da Justiça, na mesma reunião plenária, após ter sido interpellado sobre o risco das ações encobertas, respondeu da seguinte forma: *“quanto à questão do risco, é um risco extraordinário. Aliás, há dias veio relatado num jornal uma ação que decorreu fora do território nacional, que envolveu a intervenção da Marinha e em circunstâncias em que os agentes estavam em situação de altíssimo risco. Não é, portanto, um risco comum. Podem ser circunstâncias de risco anormal que, em meu entender, justificam que não se possa impor ao agente que se submeta a esse risco.”*¹⁴⁶

Assim, desde logo, o próprio legislador considerou que o risco de um agente encoberto numa ação encoberta era um risco extraordinário e que, por atuarem jun-

¹⁴⁵ Reunião plenária de 21 de junho de 2001 onde se procedeu à discussão conjunta na generalidade da proposta de lei nº79/VIII, Diário da Assembleia da República de 22 de junho de 2001, I Série – Número 99, p.17.

¹⁴⁶ Reunião plenária de 21 de junho de 2001 onde se procedeu à discussão conjunta na generalidade da proposta de lei nº79/VIII, Diário da Assembleia da República de 22 de junho de 2001, I Série – Número 99, p.22.

to de criminosos e estarem sujeitos a represálias, o RJAЕ continha “*regras de proteção do agente no que toca aos meios pelos quais a prova assim produzida é apresentada no processo.*”

JOSÉ BRAZ, refere, de igual forma, que “*do ponto de vista metodológico e técnico-policial, as ações encobertas constituem procedimentos complexos onde o alto risco e a grande pressão psicológica são características marcantes.*”¹⁴⁷

CAROLINA G. P. PEREIRA, defende, ao abordar a problemática das ações encobertas, que “*...estas operações implicam um altíssimo nível de stress por parte do agente infiltrado, sobretudo nas operações de infiltração mais profundas e mais longas, visto que, nestas, ele vai mudar de identidade, perder seus contatos de amizade, contatos familiares, mudar de cidade e passar a ser uma outra pessoa, com hábitos diferentes e, ainda por cima, arriscando sua vida e sua integridade física para poder cumprir o objectivo principal da operação, que geralmente é chegar no 2º e no 3º níveis da organização criminosa, comumente ligada ao crime organizado, que detém o controle dos processos económicos à escala internacional e centros de decisão política.*”¹⁴⁸

No regime jurídico inglês das ações encobertas, e mais concretamente no “*code of practice*”, existe mesmo um parágrafo dedicado à segurança e bem estar do agente encoberto (*safe and welfare*)¹⁴⁹, referindo a necessidade da entidade responsável pela autorização de uma ação encoberta, ter em conta a segurança e bem estar

¹⁴⁷ BRAZ, José, *Investigação Criminal, A organização, o método e a prova, Os desafios da nova criminalidade*, p.327.

¹⁴⁸ PEREIRA, Carolina Guimarães Peçigueiro, *O entendimento jurisprudencial do tribunal europeu dos direitos do homem (TEDH) acerca da atuação do agente infiltrado*, trabalho no âmbito do Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p.6931. Consultado no sítio: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_11_6913_6966.pdf em 13/08/2014.

¹⁴⁹ Covert Human Intelligen Source, Code of Practice, Home Office, Published by TSO (The Stationery Office) p.41 e 42 e consultado no sítio: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/97958/code-practice-human-intel.pdf em 13/08.2014.

do agente encoberto, o risco e consequências da ação encoberta para o agente encoberto e terceiros, durante e após o termo dessa mesma ação encoberta. Deve ainda ser dada atenção à gestão de qualquer requerimento de divulgação de informação tendente à revelação da existência ou identidade do agente encoberto em tribunal.

O STJ no Acórdão de 06/07/1995, entendeu que *“é admissível não chamar a depor esse homem de confiança, tendo em conta o interesse legítimo das autoridades policiais na investigação do tráfico de estupefacientes, de forma a preservar o seu anonimato e a protegê-lo de previsíveis futuras retaliações.”*¹⁵⁰

Numa visão oposta, o TRL entendeu que um terceiro, que tinha atuado como agente encoberto, não preenchia os requisitos necessários para ser ouvido por teleconferência alegando que *“nada há nos autos que permita configurar algo donde se possa concluir que, por causa do contributo do agente encoberto para a prova dos factos que constituem objecto do processo, ficam em perigo a vida, ou a integridade física ou psíquica, ou a liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado, do requerente ou de seus familiares ou de quaisquer pessoas que lhe sejam próximas. No que respeita ao segundo dos referidos requisitos, há a notar que não foram, no dito requerimento, indicadas circunstâncias concretas que justifiquem o recurso a teleconferência, mas, como se salienta no despacho recorrido, meras referências a receios de prováveis ameaças e intimidações futuras.”*¹⁵¹

Por outro lado, o mesmo TRL admitiu o uso de teleconferência, com ocultação de imagem e distorção de voz na inquirição em audiência de julgamento de um funcionário de investigação criminal da Polícia Judiciária que atuou como agente encoberto, considerando que o respetivo depoimento *“... se mostrou sem falhas*

¹⁵⁰ Ac. STJ de 06/07/1995 no Âmbito do Processo 047221 e consultado no sítio: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1998fd01dc23ab9c802568fc003b76fd?OpenDocument> em 14/08/2014.

¹⁵¹ Ac. TRL de 28/09/2004 no âmbito do Processo nº 6063/2004-5 e consultado no sítio: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6460d19cd5d5afed80256fda003a8386?OpenDocument> em 18/08/2014.

*lógicas ou contradições mesmo sob a pressão, em pleno contraditório, do interrogatório cruzado com respostas totalmente esclarecedoras das dúvidas suscitadas. Por conseguinte, um depoimento que quanto à sua substância foi idóneo e credível no tocante a todos os aspetos que abordou.”*¹⁵²

Entendemos que o agente encoberto não é uma testemunha *tout court* devido ao facto de, além do já elencado, no seu processo de “cobertura”, ser extremamente moroso ganhar confiança em determinados meios fechados e da quebra dessa confiança poder vir a ser paga com a própria vida. De qualquer forma, essa ameaça apesar de, muitas vezes, não ser materializada em factos concretos que permitam fundamentar o perigo eminente, é latente e permanente.

Como bem refere PEDRO CUNHA LOPES¹⁵³, “o agente encoberto é uma testemunha particular, não é uma testemunha como as outras, mas é uma testemunha muito importante.”

A formação dos agentes encobertos é morosa e onerosa, não só ao nível das técnicas policiais a assimilar, como ao nível da formação jurídica e ética. De igual forma, é fundamental a experiência acumulada, experiência essa que só com a participação em diversas ações encobertas se vai sedimentando. Assim, é fulcral a manutenção por um determinado período de tempo dos mesmos agentes encobertos.

Por todo o expandido, consideramos que é fundamental a preservação da identidade do agente encoberto que preste declarações. Além do mais entendemos que lhe devem ser diretamente aplicados os mecanismos mais eficazes de proteção quando este presta declarações em audiência de julgamento, a saber a

¹⁵² Ac. TRL de 22/03/2011 no âmbito do Processo nº182/09.6JELSB e consultado no sítio: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e324710ede9b8ed88025788b00345015?OpenDocument> em 18/08/2014.

¹⁵³ CUNHA LOPES, Pedro, Juiz de Direito, Comunicação Pessoal em 01 de setembro de 2014.

teleconferência com distorção da imagem e da voz, como sucedeu recentemente no caso do processo nº 191/12.8JELSB julgado em Tribunal Coletivo do Circulo Judicial de Vila Franca de Xira.¹⁵⁴

PEDRO CUNHA LOPES entende, de igual forma, que a aplicação das medidas protetivas referidas deve ser de forma *“automática. Poderia haver a menção direta na letra da lei mas acho que não é necessário porque a única das medidas disponíveis que cumpre os objetivos é a teleconferência com distorção da imagem e da voz. Não tenho dúvidas que se deve aplicar isso, nomeadamente devido ao tipo de crime em concreto que permite ações encobertas. Só por si é suficiente. Porque é óbvio que há sempre esse perigo.”*¹⁵⁵

JOÃO MELO, considera, de igual forma que, *“por razões de cautela, entendo que, em princípio, tais mecanismos devem ser sempre accionados, salvo quando, por razões imprevisíveis, a identidade do agente encoberto seja já conhecida por parte dos intervenientes processuais. O risco é sempre de presumir pelo facto de o agente encoberto ter interagido com elementos da organização criminosa, ganhando a sua confiança, acabando por relatar factos que os incriminam à polícia. Com efeito, uma vez conhecido o real papel e a intervenção do agente encoberto, o risco da organização criminosa pretender exercer represálias e vinganças contra o próprio agente encoberto ou elementos da sua família é uma realidade inegável, que cumpre acautelar independentemente da existência, em concreto, de factos ou indícios que revelem tais intenções. O grau de probabilidade de concretização de tais condutas e a gravidade das mesmas é que pode ser maior ou menor.”*¹⁵⁶

Por último, JOÃO CARREIRA, defende que *“o terceiro e o agente encoberto devem beneficiar sempre deste regime, por via da regra, porque questões de segu-*

¹⁵⁴ Ac. do 2º Juízo, Tribunal Judicial de Benavente, no Processo 191/12.8JELSB de 20 de fevereiro de 2014.

¹⁵⁵ CUNHA LOPES, Pedro, Comunicação pessoal em 03 de setembro de 2014, ANEXO A.

¹⁵⁶ MELO, João, Comunicação pessoal em 03 de setembro de 2014, ANEXO B.

rança, se colocam sempre, neste ou noutros casos em que ao gente encoberto também teve intervenção, podendo haver contaminação e acesso a informação, por parte, de outros grupos criminosos, bem como a tutela de métodos deverá neste domínio, ser algo, que deve ser acautelado, sem esquecer os custos associados ao treino e criação de histórias de cobertura, que serão consumidos num ápice, caso o agente encoberto não beneficie daqueles meios de proteção.”¹⁵⁷

De qualquer forma, as declarações de um agente encoberto usufruindo dos mecanismos de proteção referidos, têm uma valoração distinta das declarações prestadas por uma simples testemunha.

b. Valoração das declarações do Agente Encoberto

O instituto do agente encoberto é um meio de obtenção de prova que, além de incluir a prestação de declarações em audiência de julgamento sobre factos presenciados, permite recolher provas e relatar situações corroboradas, em geral, por específicos meios de prova ou, no limite, por outros meios de obtenção de prova.

Também no regime jurídico espanhol as ações encobertas são um meio de investigação, aquisição e salvaguarda de meios de fontes de prova “*además, en el aspecto procesal, se debe observar que la técnica de la infiltración es a la vez un medio de investigación y un medio de adquisición y aseguramiento de fuentes de prueba que serán utilizadas posteriormente en el juicio oral.*”¹⁵⁸

¹⁵⁷ CARREIRA, João, Comunicação pessoal em 03 de setembro de 2014, ANEXO C.

¹⁵⁸ PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, p.246. Tradução livre do autor: Além do mais, a nível processual, deve-se observar que a técnica de infiltração é em simultâneo um meio de investigação, um meio de aquisição e um meio de salvaguarda de fontes de prova que serão posteriormente utilizadas no julgamento oral.

Os OPC podem prestar declarações em audiência de julgamento sobre factos que tomaram conhecimento direto no âmbito das investigações em que participaram.¹⁵⁹ A proibição de declarações como testemunha dos OPC diz respeito ao conteúdo das declarações que estes tiverem recebido, e cuja leitura não seja permitida nos termos do nº7 do art.356º do CPP.¹⁶⁰

Essas declarações, por regra, ficam sujeitas ao princípio da livre apreciação da prova¹⁶¹, no entanto, o agente encoberto quando presta declarações em audiência de julgamento, sob identidade fictícia, vê a valoração das suas declarações diminuída, já que nenhuma decisão condenatória pode basear-se, exclusivamente, ou de modo decisivo, no depoimento ou nas declarações produzidas por uma ou mais testemunhas cuja identidade não foi revelada, de acordo com os termos do nº2 do art.19º da LPT.

Ou seja, o juiz de julgamento está impedido de basear a sua decisão de condenação exclusivamente, ou de modo decisivo, nas declarações do agente encoberto quando não haja qualquer outro meio de obtenção de prova que corrobore essas declarações.

PEDRO CUNHA LOPES, defende que *“de acordo como a lei prevê não pode haver condenação só com base no testemunho do agente encoberto. No*

¹⁵⁹ Neste sentido o Ac. do STJ de 30 de maio de 2001, proc. Nº1405/01 – 3ª Secção, consultado no sítio <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/criminal/criminal2001.pdf> e Ac. STJ de 30 de outubro de 2002, Proc. n.º 2557/02 - 3.ª Secção, consultado no sítio <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/criminal/criminal2002.pdf>, ambos em 14/08/2014.

¹⁶⁰ Neste sentido o Ac. do STJ de 11 de julho de 2001 Proc. n.º 1796/01 - 3.ª Secção, consultado no sítio <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/criminal/criminal2001.pdf> e Ac. do STJ de 03 de outubro de 2002, Proc. n.º 2804/02 - 5.ª Secção consultado no sítio <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/criminal/criminal2002.pdf>, ambos em 14/08/2014.

¹⁶¹ Ac. do STJ de 25 de julho de 1992, consultado no sítio: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ca89dc5c9abf793a802568fc003a542?OpenDocument> em 14/08/2014 - Princípio em vigor tanto em processo penal, como em processo civil, o que torna provado um facto é a íntima convicção do juiz, gerada em face do material probatório trazido ao processo e de acordo com a sua experiência de vida e conhecimento dos homens.

entanto, basta que seja corroborada com uma apreensão, uma escuta telefónica, etc.”¹⁶².

Segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional nº133/2010, através da técnica da corroboração *“trata-se de adquirir por outro meio a prova de factos que, embora não coincidindo com aquele cuja demonstração está diretamente em causa, permite deduzir que o sujeito que afirmou a realidade deste outro facto disse sobre ele a verdade.”¹⁶³*

Portanto, as declarações do agente encoberto, para serem valoradas, têm que ser corroboradas com outros meios de obtenção de prova, nomeadamente interceções telefónicas, interceção das comunicações entre presentes, fotografias e apreensões.

As declarações do agente encoberto com identidade fictícia por teleconferência com distorção da imagem e da voz levantam a questão da colisão com um princípio estrutural do processo penal, que é o princípio do contraditório, que por sua vez é um elemento fundamental do direito a um processo equitativo.

Como bem refere FLÁVIO CARDOSO PEREIRA, *“desde el planteamiento que aquí se sostiene, queda muy claro que la infiltración no es prueba, ni el agente encubierto es una prueba, pero la técnica de infiltración puede permitir la obtención de informaciones por el agente las cuales podrán servir como fuentes de prueba.”¹⁶⁴*

¹⁶² CUNHA LOPES, Pedro, Comunicação pessoal em 03 de setembro de 2014, ANEXO A.

¹⁶³ Ac. TC nº133/2010 no Processo 678/09 da 3ªsecção do Tribunal Constitucional, publicado no DR, 2ªSérie – nº96 de 18 de maio de 2010.

¹⁶⁴ PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y processo penal garantista: límites y desafíos*, p.436. Tradução livre do autor: Desde o planeamento que se tem defendido de forma clara que a infiltração não é prova, nem o agente encoberto é prova, mas a técnica de infiltração pode permitir a obtenção de informações pelo agente encoberto as quais poderão servir como fontes de prova.

d) Princípio do contraditório – Processo equitativo

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948, preconiza no art.29º o princípio da legalidade e da tipicidade referindo que o indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. De qualquer forma, no exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática. Termina, fazendo referência que, em caso algum estes princípios e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

De igual forma a CEDH, preconiza diversos direitos e refere que os mesmos só podem ser restritos mediante previsão prévia na lei, e constituírem disposições necessárias para a segurança nacional, pública, defesa da ordem, prevenção do crime ou proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

A CRP limita ela mesmo a restrição de direitos referindo no seu art.18º nº2 que, *“A lei só só pode restringir direitos liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”* Se por um lado verificamos uma limitação à restrição de direitos liberdades e garantias, por outro a nossa lei fundamental abre a possibilidade dessa restrição quando outros direitos constitucionalmente protegidos estiverem ameaçados. A restrição de direitos não pode ser desmotivada, de forma gratuita e arbitrária, sendo necessário que esse direito ou interesse que se invoca tenha uma adequada e sufi-

ciente expressão constitucional, como acontece com os interesses de segurança interna (art. 272º CRP) e de defesa nacional (art. 273º CRP).¹⁶⁵

A 2.ª parte do nº2 do art.18º da CRP quando refere o dever de “*limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*” prevê o princípio da proporcionalidade que por sua vez tem como corolários:¹⁶⁶

- O princípio da adequação, isto é, as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei, salvaguardando-se outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos;
- O princípio da exigibilidade, ou seja, as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias, ou melhor, ser exigíveis na medida em que essas exigências nunca devem transpor as exigências, porque são o meio mais eficaz e menos oneroso para os restantes direitos liberdades e garantias; e
- O princípio da proporcionalidade em sentido restrito, em que os meios legais restritivos e os fins obtidos situam-se numa justa e proporcionada medida, impedindo-se a adoção de medidas legais, restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos.

Embora tal não resulte expressamente da lei constitucional, as leis restritivas, atenta a sua natureza excecional e em função do princípio da reserva da lei formal, têm de apresentar um suficiente grau de determinação, bem como uma densificação adequada a não permitir espaços significativos de regulação ou de decisão. Devem, nomeadamente, designar expressamente os direitos que visam restringir, por referência aos preceitos ou princípios constitucionais em que repousaram.

¹⁶⁵ CANOTILHO, G. e MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ªed., Coimbra Editora, 1993, p.151.

¹⁶⁶ CANOTILHO, G. e MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ªed., Coimbra Editora, 1993, p.153.

As limitações aos direitos liberdades e garantias materializam-se em mecanismos legais ao dispor das autoridades judiciais e dos OPC vertidas essencialmente ao nível do direito processual penal e legislação extravagante. A limitação de direitos fundamentais é ainda mais latente quando se está no âmbito de uma investigação criminal de criminalidade altamente organizada ou de terrorismo.

A Comissão Europeia através da Comunicação de 14/07/1998 relativamente ao tema “*Um espaço de liberdade, de segurança e de justiça*” (in Boletim U.E. 07/08/1998) entendia que “*as regras processuais deverão proporcionar, em geral, as mesmas garantias, por forma a assegurar que não haja tratamentos desiguais de um órgão jurisdicional para o outro. As regras podem ser diferentes desde que sejam equivalentes. Tal cobrirá, em especial, as questões relativas aos direito de defesa, relativamente às quais deverão ser desenvolvidos princípios comuns e códigos de boas práticas (por exemplo, interpretação, obtenção de provas, etc.), mas poderá abranger igualmente as pessoas que participam nos processos a títulos diferentes (testemunhas, vítimas, peritos, etc.)*”.

O art.6º da CEDH preconiza que qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada de forma equitativa (*a due process of law*) e de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação.

O TEDH, no Caso *Calabrò c. Itália*¹⁶⁷, entendeu que os direitos de defesa são violados quando uma condenação se baseia unicamente, ou de modo determinante, em declarações de testemunhas que, na audiência de julgamento não foram interrogadas pelo arguido ou por quem o represente.

O nº1 do art. 32º da CRP refere inclusivamente que o processo criminal assegura “*todas as garantias de defesa*”, incluindo o recurso, e o nº5 do mesmo

¹⁶⁷ Ac. TEDH de 21 de março de 2002 no Caso *Calabrò c. Itália* consultado no sítio: http://www.pgr.pt/Portugues/grupo_bases/jurisprudencia/2002/Calabro_CIitalia.pdf em 18/08/2014.

artigo assegura que a audiência de julgamento está subordinada ao princípio do contraditório.

Segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁶⁸, por “*todas as garantias de defesa*” deve entender-se “*indubitavelmente todos os direitos e instrumentos necessários e adequados para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação*”.

Já o nº2 do art.139º do CPP refere que a proteção de testemunhas contra formas de ameaça é regulada em lei especial (LPT), sendo que o nº3 prevê que fica assegurada a possibilidade de realização do contraditório legalmente admissível no caso.

O nº5 do art.1º da LPT prevê igualmente, que deve ser assegurada a realização do contraditório que garanta o justo equilíbrio entre as necessidades de combate ao crime e o direito de defesa.

Neste sentido, o TEDH¹⁶⁹ tem entendido que o princípio do contraditório constitui um elemento fundamental do direito a um processo equitativo no âmbito de um processo penal. O direito de acesso a todos os elementos de prova, de acordo com o art.6º da CEDH, não tem sido considerado um direito absoluto. De acordo com aquele tribunal, terá de ser confrontado com outros interesses relevantes, como sejam a segurança nacional, ou a necessidade de proteger testemunhas, ou ainda manter desconhecidos certos métodos de investigação policial, que necessitarão de ser ponderados em relação aos direitos do arguido.

¹⁶⁸ CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ªed., Coimbra Editora, 1993, nota II art.32º da CRP.

¹⁶⁹ Ac. TEDH de 25 de setembro de 2001 no Caso *P.G. e J.H. c. Reino Unido*, consultado no sítio http://www.pgr.pt/Portugues/grupo_bases/jurisprudencia/2001/PG.pdf consultado em 18/08/2014.

O STJ¹⁷⁰, por seu lado, tem entendido que “ *O princípio do contraditório, com assento constitucional (art. 32.º, n.º 5), impõe que seja dada a oportunidade a todo o participante processual de ser ouvido e de expressar as suas razões antes de ser tomada qualquer decisão que o afecte, nomeadamente que seja dada ao acusado a efectiva possibilidade de contrariar e contestar as posições da acusação.*

O princípio do contraditório, colocado como integrante e central nos direitos do acusado (apreciação contraditória de uma acusação dirigida contra um indivíduo), tem sido interpretado como exigência de equidade, no sentido em que ao acusado deve ser proporcionada a possibilidade de expor a sua posição e de apresentar e produzir as provas em condições que lhe não coloquem dificuldades ou desvantagens em relação à acusação.

O princípio tem, assim, uma vocação instrumental da realização do direito de defesa e do princípio da igualdade de armas: numa perspectiva processual, significa que não pode ser tomada qualquer decisão que afecte o arguido sem que lhe seja dada a oportunidade para se pronunciar; no plano da igualdade de armas na administração das provas, significa que qualquer um dos sujeitos processuais interessados, nomeadamente o arguido, deve ter a possibilidade de convocar e interrogar as testemunhas nas mesmas condições que os outros sujeitos processuais (a “parte” adversa).”

Assim, verifica-se que o ponto fulcral desta dialética se situa no equilíbrio entre a segurança da testemunha/agente encoberto/processo penal eficaz/*ius punendi* eficaz do Estado *versus* as garantias de defesa do arguido.

Ou seja, de um lado temos o princípio da administração da justiça ou a prossecução da justiça criminal, e do outro, a proteção dos direitos fundamentais das pessoas, nomeadamente o direito a um processo equitativo.

¹⁷⁰ Ac. STJ de 16/01/2008 no âmbito do Proc. Nº07P4565, consultado no sítio: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b3853f7fb7a1f7298025740500519b97?OpenDocument> em 17/08/2014.

Particularizando no que ao nosso trabalho diz respeito, estamos perante uma dialética entre o direito do arguido à proteção das garantias de defesa e o direito-dever do agente encoberto em prestar declarações sem sofrer ou vir a sofrer qualquer tipo de ameaça, bem como a necessidade da sua manutenção em futuras ações encobertas no combate à criminalidade altamente organizada.

IRINEU CABRAL BARRETO¹⁷¹ defende que a utilização de provas recolhidas na fase de instrução ou fora da audiência de julgamento não colide com as garantias do art.6º da CEDH, desde que seja dada ao arguido ou a quem o represente, uma oportunidade adequada e suficiente para contestar o testemunho ou interrogar o seu autor.

Continua o mesmo autor referindo que pode haver diversas razões para que uma testemunha seja ouvida sem a presença da pessoa contra a qual presta o seu depoimento. Apesar do art.6º da CEDH não consagrar expressamente que os interesses das testemunhas sejam tidos em consideração quando prestam declarações, outras normas da CEDH preocupam-se com a vida, liberdade e segurança das pessoas. Tal significa que as legislações internas devem prever os interesses da defesa em conjugação com os das testemunhas.

Por último, IRINEU CABRAL BARRETO refere que “*a compatibilização daqueles interesses poderá contentar-se com a possibilidade de o defensor interrogar a testemunha. E este interrogatório da testemunha pelo defensor poderá efectivar-se através de meios técnicos adequados, ainda que fora da sua presença física, de modo a permitir a guarda do anonimato (o que se coloca muitas vezes, no quadro do combate à grande criminalidade, em relação a agentes infiltrados ou mes-*

¹⁷¹ BARRETO, Irineu Cabral, *Direito ao exame da causa publicamente*, Documentação e Direito Comparado nº 75/76 1998, p.156 e 157, consultado no sítio: <http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/7576-f.pdf> em 18/08/2014.

mo com as autoridades policiais que investigam este tipo de crimes) ou uma melhor por que menos constrangente declaração.”¹⁷²

A Comissão de Assuntos Constitucionais Direitos Liberdades e Garantias (CAVDLG) emitiu inclusivamente um parecer sobre a proposta de lei que antecedeu a LPT referindo que a mesma ia ao encontro do preconizado pelo TEDH e da CRP e que, *“a repressão da criminalidade, em nome da segurança, haverá sempre que compatibilizar-se com a salvaguarda das garantias da defesa. O ponto de encontro entre estas duas tarefas, ambas a cargo do Estado, poderá sofrer deslocções por forma de uma realidade social que mudou, mas situar-se-á sempre, num Estado de direito democrático, dentro dos limites impostos pelo sistema legitimador fundamental.”¹⁷³*

Além do mais, o agente encoberto infiltrado numa organização criminosa que se dedica à criminalidade violenta e altamente organizada passa por diversas fases para ganhar confiança dos restantes membros, de forma a ter acesso a informação relevante. Assim, independentemente de ser um funcionário de investigação criminal ou um terceiro, quando os membros dessa organização têm conhecimento que grande parte da prova carreada que levou à sua condenação foi baseada nas informações recolhidas por um membro traidor, ou também designado de *bufo* ou *snitch*, por regra não esquecem.

Ora, se uma testemunha normal pode sofrer ameaças e ter factos concretos que demonstrem o perigo que corre se prestar declarações, por maioria de razão, um agente encoberto está permanentemente em perigo latente pelo que o conhecimento da sua identidade ou a visualização da sua imagem ou voz pode ser o suficiente para ser devidamente identificado pelos arguidos.

¹⁷² BARRETO, Irineu Cabral, *Direito ao exame da causa publicamente*, Documentação e Direito Comparado nº 75/76 1998, p.156 e p.157 e o sublinhado nosso na nota de rodapé nº18 na p.157, consultado no sítio: <http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/7576-f.pdf> em 18/08/2014.

¹⁷³ Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais Direitos Liberdades e Garantias sobre a Proposta de Lei 218/VII (Lei de Proteção de Testemunhas) publicado no DAR II série A Nº.19/VII/4 1998.11.19, p.337.

Como já foi sobejamente referido, além da segurança do próprio agente encoberto, que constitui o seu principal pressuposto, a sua manutenção em futuras ações encobertas depende da proteção do seu anonimato no *milieu* criminoso.

Vejamos, por último, o que o direito comparado nos traz no sentido de ajudar ao esclarecimento desta dialética controvertida.

2. Direito comparado

a) Estados Unidos da América

Nos sistemas inspirados pela *common law* onde se inclui os EUA, está-se perante um processo de partes, no qual o juiz tem um papel meramente decisório, pelo que é dada prevalência aos princípios da imediação e do contraditório. Há assim a possibilidade de interrogar diretamente as testemunhas em audiência de julgamento, sendo um sistema defensor do *right of confrontation*.

O agente encoberto presta então declarações em julgamento. Não obstante, note-se que os casos que chegam a julgamento são escassos porque na maioria dos casos o arguido confessa-se culpado (*plead guilty*) antes do julgamento.

De qualquer forma, se o caso chegar a julgamento, o agente encoberto presta declarações em audiência de julgamento como uma testemunha normal, mantendo apenas a identidade fictícia.

O que acontece é que, se o agente encoberto receber ameaças credíveis é destacado para ir trabalhar para outro Estado.

b) Espanha

Conforme já anteriormente referido nosso trabalho, a LEC regula as ações encobertas em Espanha.

Assim, no que diz respeito às declarações que o agente encoberto possa vir a prestar em audiência de julgamento, o nº2 do art.282bis da LEC refere que os funcionários da Polícia Judiciária que tenham atuado numa ação encoberta com identidade fictícia poderão manter essa mesma identidade quando prestarem declarações no processo sobre os factos em que intervieram.

O mesmo número e artigo refere que tais declarações só podem ser proferidas após despacho judicial fundamentado.

Nestas circunstâncias, é aplicado ao agente encoberto o previsto na “*Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales*” - Lei Orgânica 19/1994 de 23 de dezembro de proteção de testemunhas e peritos (LPTP) em processos criminais em Espanha.

O referido diploma contém apenas quatro artigos sendo que o primeiro refere que as medidas previstas aplicam-se a testemunhas e peritos que intervenham em processos crime. Assim, independentemente da LEC remeter para a LPTP, esta aplica-se diretamente ao agente encoberto atendendo ao facto de que este é também uma testemunha em termos gerais.

Para que sejam aplicadas as medidas previstas na LPTP, a autoridade judicial tem que apreciar da existência de um perigo grave para a testemunha ou perito que vai prestar declarações, ou um perigo grave para a sua liberdade ou bens, bem como para o seu cônjuge, ou pessoa com quem viva em relação análoga, ascendentes, descendentes e irmãos.

Verifica-se assim uma aproximação à LPT portuguesa no que diz respeito ao âmbito de aplicação das respetivas medidas.

A LPTP permite ainda que sejam decretadas judicialmente as seguintes medidas protetoras, nos termos do art.2º:

a) Que a identificação, endereço, local de trabalho ou profissão da testemunha ou perito não constem do processo;

b) A testemunha ou perito podem comparecer em qualquer diligência usando qualquer método que impeça a sua identificação visual;

c) Pode ser fixado como domicílio para receber notificações a sede do órgão judicial interveniente;

d) No final do processo e caso se mantenham os mesmos pressupostos pode ainda ser atribuída proteção policial e, em casos excecionais, ser atribuída uma nova identidade e meios financeiros para mudar de zona de residência e de trabalho.

O nº5 do art.4º da LPTP prevê que as declarações e relatos das testemunhas e peritos sujeitos a medidas de proteção na fase de instrução, só possam valer como prova na condenação dos arguidos se forem ratificados em audiência de julgamento. Se for impossível proceder à sua reprodução, então proceder-se-á à sua leitura de forma a possibilitar o contraditório das partes.

Em relação à figura do agente encoberto e às suas declarações, FLÁVIO CARDOSO PEREIRA¹⁷⁴ defende que o agente encoberto, por regra, deve prestar declarações na instrução como testemunha. No entanto, destaca a importância da necessidade de proteger a sua identidade real devido aos riscos e perigos inerentes à sua atividade.

¹⁷⁴ PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, p.431.

Continua o mesmo autor abordando a dialética da segurança do agente encoberto com a eventual limitação do contraditório da defesa, defendendo que, *“de un lado, no revelar la identidad real del agente parece una exigencia propia de la figura, algo casi necesario para si correcto funcionamiento. Pero, de otro lado, y en tanto que ello puede limitar las posibilidades defensivas o de contradicción frente al testimonio, ha de justificarse que estas posibilidades no se restringen de forma grave o que pesa más la necesidad de proteger los bienes jurídicos del agente en el caso concreto.”*¹⁷⁵

Defende ainda FLÁVIO CARDOSO PEREIRA¹⁷⁶ que, para segurança do agente encoberto e de forma a não revelar a sua identidade, este poderá prestar declarações através de teleconferência dando assim garantias de defesa ao arguido.

“Surge entonces la oportunidad de utilizar la más alta tecnología a través del empleo de la videoconferencia, la cual deberá ser considerada como un excelente medio de auxilio probatorio para el proceso penal a fin de que las distancias no impidan cumplir con el principio de inmediación entre el Juez instructor y los actos procesales, dando las debidas garantías al imputado en un proceso que se relacione con delitos graves practicados por la delincuencia organizada.”

Por outro lado, o mesmo autor entende que a prestação de declarações nestas condições terá um valor probatório diminuto.

¹⁷⁵ PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, p.431. Tradução livre do autor: Por um lado, não revelar a identidade real do agente parece ser uma exigência própria da sua figura, algo quase necessário para o seu correto funcionamento. Mas, por outro lado, e como pode limitar as possibilidades de defesa ou de contraditório frente à testemunha, tem que se justificar que estas possibilidades não se restringem de forma grave ou que prevalece a necessidade de proteger os bens jurídicos do agente no caso concreto.

¹⁷⁶ PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, p.434. Tradução livre do autor: Surge então a oportunidade de utilizar a mais alta tecnologia através do emprego de videoconferência, a qual deverá ser considerada como um excelente meio de auxílio probatório para o processo penal com a finalidade de que as distâncias não impeçam de cumprir o princípio da imediação entre o juiz e os atos processuais, dando as devidas garantias ao arguido num processo de crimes graves praticados de forma organizada.

“Como fácilmente puede deducirse el testimonio del agente infiltrado en condiciones de no revelación de su identidad, en razón de sus características que especialmente vienen a restringir derechos fundamentales como hemos visto, deberá presentar un valor probatorio correspondiente a esta condición.”¹⁷⁷

Assim, o regime espanhol admite, como o regime português, a prestação de declarações do agente encoberto em julgamento utilizando-se medidas protetivas que garantam a sua segurança e que, ao mesmo tempo, não limitem de forma drástica o princípio do contraditório e concomitantemente o direito a um processo equitativo.

c) Inglaterra

A entidade responsável pela autorização de uma ação encoberta na Inglaterra tem a designação de *authorising officer*.

Esta autoridade administrativa, que varia em função das diversas entidades que têm competência para desencadear ações encobertas, é também a responsável pela segurança do agente encoberto durante e após termo da ação encoberta.

Por regra, no regime inglês, não são admissíveis testemunhas anónimas ou com identidade fictícia em audiência de julgamento, porque se estas forem a única ou principal prova a apresentar em julgamento, dificilmente haverá uma condenação.

¹⁷⁷ PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, p.434. Tradução livre do autor: Como facilmente se pode deduzir, o testemunho do agente encoberto em condições de não revelação da sua identidade, em virtude de restringirem direitos fundamentais como vimos, deverá ter um valor probatório correspondente com esta condição.

Torna-se assim importante obter a corroboração do referido testemunho através de uma prova independente da testemunha.¹⁷⁸

A testemunha neste contexto é definida – “*in relation to any criminal proceedings, means any person called, or proposed to be called, to give evidence at the trial or hearing in question*”¹⁷⁹

Assim, estas disposições aplicam-se de igual forma a agentes encobertos.

*“The Coroners and Justice Act 2009 provides for witness anonymity allowing the court to consent to an undercover officer to give evidence in their assumed identity.”*¹⁸⁰

Se a testemunha estiver a ser alvo de ameaças, nomeadamente, que ponham em risco a sua segurança, através de ameaças contra a sua vida ou integridade física ou risco de danos graves à sua propriedade¹⁸¹, o tribunal pode decretar um conjunto de medidas protetivas da mesma, medidas essas que podem passar por:

- Que a sua identidade real não seja conhecida;
- A identidade real seja retirada de peças processuais que foram autorizadas a ser consultadas;
- Atribuição de um pseudónimo à testemunha;
- Não lhe serem feitas perguntas que levem à sua identificação;

¹⁷⁸ Coroners and Justice Act 2009, Consultado no sítio: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/pdfs/ukpga_20090025_en.pdf, em 23/08/2014.

¹⁷⁹ Coroners and Justice Act 2009, p.60, Consultado no sítio: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/pdfs/ukpga_20090025_en.pdf, em 23/08/2014. Tradução livre do autor: Em relação a qualquer processo crime, abrange qualquer pessoa chamada, ou convocada, para prestar declarações na respetiva audiência de julgamento.

¹⁸⁰ HMIC – Inspecting Police in the public interest, *A review of national police units which provide intelligence on criminality associated with protest*, p.46. Consultado no sítio: <http://www.hmic.gov.uk/media/review-of-national-police-units-which-provide-intelligence-on-criminality-associated-with-protest-20120202.pdf>, em 23/08/2014.

Tradução livre do autor: The Coroners and Justice Act 2009, - prevê testemunhas anónimas e permite que o tribunal concorde que um agente encoberto deponha como testemunha e com identidade fictícia.

¹⁸¹ Coroners and Justice Act 2009, Consultado no sítio: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/pdfs/ukpga_20090025_en.pdf, em 23/08/2014

- Que a testemunha preste declarações de forma protegida;
- Que a voz da testemunha seja distorcida;
- A identidade da testemunha ser apenas revelada ao tribunal;
- Outras medidas de proteção consideradas necessárias e adequadas.

O respetivo requerimento é efetuado pelo Ministério Público, que deve informar o Tribunal (se este assim o entender) da identidade real do agente encoberto. De qualquer forma, só este terá conhecimento da sua identidade real.

O arguido tem, contudo, o direito de ser ouvido sobre as medidas de proteção decretadas.

Estas medidas devem que permitir que arguido tenha um julgamento justo e as declarações da testemunha têm que ser muito importantes em termos probatórios.

O regime inglês das ações encobertas permite assim um conjunto de medidas adequadas ao risco inerente às diligências levadas a cabo pelo agente encoberto, deixando mesmo ao tribunal um escape para adotar aquelas que considere mais adequadas, além das legalmente especificadas.

d) Alemanha

Conforme já referido anteriormente no nosso trabalho quando se abordou em termos genéricos o regime jurídico alemão das ações encobertas, o agente encoberto pode manter a identidade fictícia após o termo da ação encoberta. O Ministério Público e o Tribunal podem, porém, exigir que a identidade real do agente encoberto

to lhes seja revelada, de acordo com o disposto no parágrafo 3 da Seção 110b do CPP alemão.

No entanto, a identidade real do agente encoberto deve ser mantida *“if there is reason to fear that revealing the identity would endanger the life, limb or liberty of the undercover investigator or of another person, or would jeopardize the continued use of the undercover investigator”*¹⁸²

O agente encoberto, no regime jurídico alemão, quando preste declarações em audiência de julgamento, pode fazê-lo fora da sala de audiências e mediante distorção da imagem e da voz nos termos da interpretação da Seção 247a do CPP alemão efetuada pelo Tribunal Federal de Justiça da Alemanha através do Acórdão - BGH 1 StR 111/02 de 26.09.2002.¹⁸³

O mesmo tribunal superior alemão, no Acórdão BGH 1 StR 315/04 de 17.08.2004¹⁸⁴, confirmou, relativamente às declarações de agentes encobertos, o entendimento que o interrogatório através de videoconferência com distorção da imagem e da voz não só não levanta qualquer objeção jurídica como até é juridicamente oportuno, atendendo o direito do arguido ao contraditório previsto o nº3 art.6º da CEDH. De qualquer forma, quando as declarações forem prestadas por teleconferência com distorção da imagem e da voz, e mesmo assim se mantenha o perigo de ameaça física ou perigo de vida para o agente encoberto ou a sua futura utilização, aquele tribunal entende que a identidade real do agente encoberto deve ser desconhecida do Tribunal, do Ministério Público, do advogado e do arguido. Nestes casos o agente encoberto não presta declarações. Não obstante, as ameaças são analisadas pormenorizadamente de forma a averiguar o real perigo, pelo que a

¹⁸² Parágrafo 3º da Seção 110b do CPP alemão. Tradução livre do autor: se houver razões para recear que a revelação da identidade fictícia colocaria em perigo de vida, ou a integridade física ou a liberdade do agente encoberto ou de outra pessoa, ou colocaria ainda em risco a continuidade da utilização daquele agente encoberto.

¹⁸³ Consultado no sítio <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/02/1-111-02.php3> em 20/08/2014.

¹⁸⁴ Consultado no sítio <http://openjur.de/u/214520.html> em 20/08/2014.

medida que impede o agente encoberto de prestar declarações é apenas reservada a casos excepcionais.

Nestas condições, o supervisor do agente encoberto pode ser chamado a depor sobre o que ouviu dizer (*hear-say*) diretamente do agente encoberto ou então os relatos diários que o agente encoberto elaborou durante a ação encoberta podem ser lidos em audiência de julgamento, e assim serem sujeitos ao contraditório e valoráveis como prova.

No mesmo sentido, o Tribunal Federal de Justiça da Alemanha na decisão - BGH 1 StR 87/06 de 19.07.2006¹⁸⁵, entendeu que a inquirição de um agente encoberto pode ser feita através da distorção de voz e som de acordo com a Seção 110b parágrafo 3 do CPP alemão, desde que tal seja requerido. Durante a inquirição, com os referidos meios, o arguido pode ser retirado da sala de audiência de forma a evitar que o agente encoberto seja reconhecido por intermédio do avivamento da memória do arguido através do seu aspeto e modo de falar.

O regime jurídico das ações encobertas alemão é, assim, mais restritivo do princípio do contraditório que o RJAe português, já que admite, em determinadas circunstâncias, devidamente analisadas, que o agente encoberto nem seja conhecido nem preste declarações em audiência de julgamento.

¹⁸⁵ Consultado no sítio <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/06/1-87-06.php> em 20/08/2014.

CAPITULO IV

1. Conclusões

As ações encobertas são um meio especial de obtenção prova fundamental no combate à criminalidade altamente organizada e especialmente violenta, e um instrumento imprescindível num Estado de Direito que tem que pugnar por um Direito Processual Penal eficaz.

O agente encoberto, figura chave na ação encoberta, não é um meio de prova, mas sim um meio de obtenção de prova com vista a, fundamentalmente, facilitar a intervenção de outros meios de obtenção de prova.

De qualquer forma, enquanto figura processual, o agente encoberto é, em termos latos, um participante processual, seja ele funcionário de investigação criminal ou um terceiro. Nessa qualidade, o agente encoberto pode ser considerada como uma testemunha. Destarte, será apenas uma testemunha na sua plenitude, se a ação encoberta chegar ao conhecimento do tribunal julgador e somente após o preenchimento do requisito de “*absolutamente indispensável*”. Tal sucede porque, no despacho de acusação ou no despacho de pronúncia (se o houver), o mesmo não consta como testemunha de acusação. Assim, só na fase de julgamento, após fundamentação do requisito “*indispensabilidade de prova*”, e se for convocado para prestar declarações em audiência de julgamento, é que assumirá o estatuto de testemunha.

Esta excecionalidade jurídica atribuí ao agente encoberto características jurídico-processuais que uma testemunha, dita normal, não possui.

Contudo, quando os requisitos legais estão preenchidos e devidamente fundamentados, o agente encoberto, mediante determinação judicial, tem que prestar declarações em audiência de julgamento.

Além das prerrogativas referidas, o agente encoberto quando presta declarações em audiência de julgamento usufrui diretamente da restrição de livre assistência do público e de que a tomada de declarações decorra com exclusão da publicidade. Concomitantemente, são ainda aplicáveis as medidas previstas na Lei de Proteção de Testemunhas.

O agente encoberto pode assim atuar sob identidade fictícia, instituto fulcral para a sua segurança num ambiente, por regra, de alto risco e que se prolonga após o termo da ação encoberta. Trata-se pois de um perigo multifacetado, dificilmente mensurável ou materializável, contudo latente.

Nesse sentido, a medida que consideramos mais adequada e que pode dar mais garantias que o agente encoberto ao prestar declarações mantém o seu anonimato e simultaneamente a sua segurança no futuro, é a teleconferência com distorção da imagem e da voz. Além disso esta medida poderá permitir que o agente encoberto continue a participar em futuras ações encobertas.

Esta medida protetiva pode criar uma tensão dialética entre a proteção do agente encoberto e as garantias da defesa. No entanto, julgamos estar perante uma solução de equilíbrio, já que ambos os direitos envolvidos estão harmonizados. Consideramos ainda que, os princípios da adequação proporcionalidade e necessidade estão salvaguardados e há um constrangimento mínimo do direito de defesa do arguido.

Assim, defendemos que o princípio do contraditório não é prejudicado pois a defesa, com estas medidas, pode inquirir o agente encoberto. Além disso, esse ato

processual é acompanhado presencialmente, e sem qualquer restrição, por magistrados judiciais, tanto na sala de audiência como no local onde se encontrar o agente encoberto. Desta forma o direito a um *fair trial* não é beliscado

A verdade material não deve ser atingida a qualquer custo, e na ponderação de valores, a administração da justiça nem sempre deve prevalecer. A sociedade, perante a evolução da criminalidade e o aumento da sua insegurança tem que escolher até que nível pretende que determinados direitos sejam limitados em prol da sua segurança. É neste equilíbrio e nesta ponderação que, as decisões, se devem fundamentar, delimitando, contudo, o núcleo essencial do direito fundamental que jamais poderá se afetado, que é a dignidade humana, considerado como o núcleo axiológico do Estado de Direito Democrático.

Bibliografia

Monografias

- AIRES DE SOUSA, Susana, *Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões - Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, ISBN 9789723211931.
- ALMEIDA, Carlos Rodrigues, *Registo de Voz e Imagem*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, nº3, julho-setembro de 2004, Coimbra, Coimbra Editora, ISSN 0871-8563.
- BABBIE, Earl, *The Practice of Social Research*, 5th ed., California, Wadsworth Publishing, 1989, ISBN 0-8078-4321-0.
- BACELAR GOUVEIA, Jorge, PEREIRA, Rui, *Estudos de Direito e Segurança*, Coimbra, Almedina, 2007, ISBN 97897240305
- BRAZ, José, *Investigação Criminal, a organização, o método e a prova, os desafios da nova criminalidade*, Coimbra, Almedina, 2009, ISBN 978-972-40-3979-4.
- CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, ISBN 972-32-1307-9.
- CARMO, Hermano, FERREIRA, Manuela Malheiro (1998) – *Metodologia da Investigação, Guia para a Auto-Aprendizagem*, Lisboa, Universidade Aberta, 1998, ISBN: 9789726742319.
- COLLIS, J. and HUSSEY, R., *Business Research: A Practical Guide for Undergraduate and Postgraduate Students* (2nd edn), Palgrave MacMillan: Basingstoke, England, 2003, ISBN 1403992479
- CONCEIÇÃO, Ana Raquel, *Escutas Telefónicas, Regime Processual Penal*, Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, 2009, ISBN 9789727244843.
- COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, ISBN 972-32-0613-7.

- FERNANDES, Fiães, *As sociedades contemporâneas e a ameaça terrorista*, Coordenação de Adriano Moreira, *Terrorismo*, 2ªed., Coimbra, Almedina, 2004, ISBN 9789724023199, p.459-481.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral*, 2ºed, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, ISBN 9789723221084.
- GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro, *O novo regime jurídico do Agente Infiltrado*, Coimbra, Almedina, 2001, ISBN 9789724016023.
- LOUREIRO, Joaquim, *Agente Infiltrado? Agente Provocador?, Reflexões sobre o 1º Acórdão do T.E.D. Homem – 9.junho.1998 condenação do estado português*, Coimbra, Almedina, 2007, ISBN 978-972-40-3305-1.
- MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, *Código de Processo Penal Anotado*, 17ªed., Coimbra, Almedina, 2009, ISBN 978-972-40-3777-6.
- MARQUES DA SILVA, Germano, *Bufos, infiltrados e arrependidos, Os princípios Democrático da Lealdade em Processo Penal*, in *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica, Volume VIII, Tomo II, 1994, ISSN 0871-0336.
- *Curso de Processo Penal I*. 2ª ed., Lisboa, Ed. Verbo, 1994, ISBN 972-22-1557-4.
- MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *Homens de confiança*, in II Congresso de Processo Penal, Lisboa, Almedina, 2006, ISBN 978-972-40-4226-8.
- , *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, Coimbra, Almedina, 1999, ISBN 9789724012193.
- MEIRIM, José Manuel, *Como Pesquisar e Referir em Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, ISBN 9789723216387.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5ªEdição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, ISBN 978-972-32-2010-0.
- ONETO, Isabel, *O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, ISBN 972-32-1312-5.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007 ISBN 9789725402955.

– *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, ISBN 978-972-54-0220-7.

RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal*, Tomo II, *Bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*, 1ªed., Rei dos Livros, 2010, ISBN 978-989-8305-06-0.

SÁNCHEZ, Juan Muñoz, *La Moderna Problemática Jurídico Penal del Agente Provocador*, Valência, Tirant lo Blanch, 1995, ISBN 84-8002-207-8.

SPROULL, Natalie L., *Handbook of Research Methods: a guide for practitioners in the social sciences*, London, 1988, ISBN 0810844869 9780810844865.

SUMSER, John, *A Guide to Empirical Research in Communication – rules for looking*, London, Sage Publications Ed., 2001. ISBN 978-0761922223.

VEIGA, Armando e RODRIGUES Benjamim Silva, *Escutas Telefónicas – Rumo à monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais digitais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007. ISBN 9892005171.

VENTURA, André Amaral, *Lições de Direito Penal, Vol. 1*, Lisboa, Chiado Editora, 2013, ISBN 978-989-51-0840-4.

Publicações em série

PAIVA, Vitor, *Agente Infiltrado, no âmbito de ação encoberta*, Revista do Ministério Público, Ano 35, nº137, janeiro/março 2014, ISSN 0870-6107, p.185-226.

Teses

PEREIRA, Flávio Cardoso, *Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, Salamanca, Universidade de Salamanca, Editorial Lerner, Córdoba, 2012, Tese de Doutoramento. ISBN: 978-85-7761-711-1.

Artigos

RAZAK, Adilah Abd, *Understanding Legal Research*, Department of Management and Marketing, Faculty of Economics and Management, Universiti Putra Malaysia, consultado no sítio
<http://econ.upm.edu.my/researchbulletin/artikel/Vol%204%20March%202009/19-24%20Adilah.pdf>.

PEREIRA, Carolina Guimarães Pecegueiro, *O entendimento jurisprudencial do tribunal europeu dos direitos do homem (TEDH) acerca da atuação do agente infiltrado*, trabalho no âmbito do Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e consultado no sítio:
http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_11_6913_6966.pdf

BARRETO, Irineu Cabral, Juiz Conselheiro do STJ, *Direito ao exame da causa publicamente*, Documentação e Direito Comparado nº 75/76 1998, p.156 e 157, consultado no sítio:
<http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/7576-f.pdf>

Jurisprudência citada e/ou consultada

Tribunal Constitucional:

- Acórdão nº 465/93
- Acórdão nº 578/98
- Acórdão nº 76/2001
- Acórdão nº 137/2002
- Acórdão nº 133/2010

Supremo Tribunal de Justiça:

- Acórdão de 12 de junho de 1990
- Acórdão de 25 de julho de 1992
- Acórdão de 06 de julho de 1995
- Acórdão 12 de julho de 2000
- Acórdão 30 de maio de 2001
- Acórdão de 30 de outubro de 2002
- Acórdão de 20 de fevereiro de 2003
- Acórdão de 30 de novembro de 2005
- Acórdão de 16 de janeiro de 2008
- Acórdão de Fixação de Jurisprudência de 11 de 2009

Tribunal da Relação de Lisboa:

- Acórdão de 13 de fevereiro de 2003
- Acórdão de 28 de setembro de 2004
- Acórdão de 16 de janeiro de 2007
- Acórdão de 27 de fevereiro de 2008
- Acórdão de 22 de março de 2011
- Acórdão de 18 de janeiro de 2011
- Acórdão de 11 de janeiro de 2011

Tribunal da Relação de Évora:

- Acórdão de 17 de junho 2008
- **Acórdão do 2º Juízo, Tribunal Judicial de Benavente**, no Processo 191/12.8JELSB de 20 de fevereiro de 2014.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem:

- Acórdão de 12 de maio de 2000, caso KHAN c. REINO UNIDO
- Acórdão de 27 de abril de 2004, caso DEORGA c. HOLANDA
- Acórdão de 21 de março de 2002, caso CALABRÒ c. ITÁLIA
- Acórdão de 25 de setembro de 2001, caso P.G. e J.H. c. REINO UNIDO

Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (Bundesgerichtshof, BGH)

- Acórdão - BGH 1 StR 111/02 de 26.09.2002.
- Acórdão - BGH 1 StR 315/04 de 17.08.2004.

Tribunal Supremo (Espanha)

- Acórdão. do Tribunal Supremo Espanhol STS 1316/2011, de 01/03/2011.

United States Supreme Court (Estados Unidos da América)

- 287 U.S. 435 (1932) - Sorrells v. U.S
- 411 U.S. 423 (1973) - U.S. v. Russell

Sítios consultados na internet

Nacionais

- www.dgsi.pt
- <http://dre.pt/>
- www.pgr.pt
- www.pgd.pt
- www.pj.pt
- www.gddc.pt
- <http://www.parlamento.pt/>
- <http://www.idb-fdul.com>
- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>
- <http://www.stj.pt/>

Internacionais

- <http://www.echr.coe.int/echr/>
- <http://direitoalemao.com/leis/>
- <http://www.rtdh.eu/decisions.php>
- <http://www.policeone.com/>
- <http://supreme.justia.com/>
- <http://www.legislation.gov.uk/>
- <http://www.hmic.gov.uk/>
- <http://www.cps.gov.uk/>
- <http://www.supremecourt.gov/>
- <http://www.poderjudicial.es/>

- <http://www.eur-lex.europa.eu>
- www.un.org/fr/

Legislação consultada e/ou citada

- Declaração Universal dos Direitos do Homem
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- Constituição da República Portuguesa
- Código de Processo Penal
- Código Penal
- Lei Quadro da Política Criminal – Lei nº38/2009 de 20 de julho
- Lei Orgânica da Polícia Judiciária – Lei nº37/2008 de 6 de agosto
- Lei de Segurança Interna – Lei nº53/2008 de 29 de agosto.
- Lei de Organização da Investigação Criminal - Lei nº49/2008 de 27 de agosto
- Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal – Lei nº144/99 de 31 de agosto
- Lei das Ações Encobertas – Lei nº101/2001 de 25 de agosto
- Lei do Cibercrime – Lei nº109/2009
- Lei de Proteção de Testemunhas – Lei nº93/99 de 14 de julho
- Lei de Proteção de Testemunhas e Peritos -
- Ley Enjuiciamiento Criminal -
- Decreto-Lei que regulamenta a Lei de Proteção de Testemunhas – Decreto-Lei nº190/2003 de 22 de agosto
- Parecer nº82/2008 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República
- Circular nº 11/99 da Procuradoria-Geral da República

ANEXOS

ANEXO A

Entrevista ao Dr. Pedro Cunha Lopes, Juiz de Direito na 7ª Vara Criminal de Lisboa.¹⁸⁶

1- Ao nível do seu estatuto processual considera que o agente encoberto é uma testemunha *tout court* ou uma testemunha com estatuto especial?

Nos meios intrusivos de recolha de prova, claro que a defesa quer ouvir quem esteve na recolha de prova e por sua vez essa pessoa que lá esteve tem que ser salvaguardada e é essa dualidade que há que ter em causa. No entanto é uma testemunha que tem contacto direto com os factos e conhecimento direto dos factos. No entanto, conforme a lei prevê não pode haver condenação só com base no testemunho do agente encoberto. No entanto, basta que seja corroborada com uma apreensão, uma escuta telefónica, etc.. A própria lei admite que o testemunho do agente encoberto tem limitações ao princípio do contraditório. É uma testemunha particular. Há toda uma dinâmica que a envolve por isso não é uma testemunha como as outras mas é uma testemunha muito importante.

2- O agente encoberto quando presta declarações em audiência de julgamento deve usufruir sempre do regime de proteção de testemunhas (identidade fictícia, teleconferência, distorção de voz e imagem)?

Acho que sim, já que a ação encoberta é sobre um tipo de crime que é por si só violento, organizado, e quando há alguém que não é bandido a trabalhar com bandidos, seja ele funcionário da Polícia Judiciária ou alguém a trabalhar para a Polícia Judiciária leva que haja especiais cuidados de ocultar essa identidade nomeadamente se forem funcionários da Polícia Judiciária e sob pena de deixar de se fazer ações encobertas. Assim, acho que a aplicação deve ser quase automática.

¹⁸⁶ Respostas dadas pessoalmente em 03 de setembro de 2014 as quais foram gravadas em áudio que aqui se transcrevem.

Por teleconferência com distorção da imagem e da voz. Com juiz num lado e outro juiz no outro lado. A inquirição deve ser feita com muito cuidado sobre o que pode ou não pode ser perguntado e os advogados muitas vezes querem perguntar mais e o juiz tem que ter o bom senso não cortando completamente o contraditório mas que sobre aquela pessoa (agente encoberto) fiquem dúvidas de quem seria. No entanto quando se efetuam questões sobre tempo e local normalmente os arguidos sabem quem foi o agente encoberto.

- 3- Mas deve usufruir diretamente ou só verificados os pressupostos em concreto (*factos ou circunstancias que revelem intimidação ou elevado risco de intimidação da testemunha ou ponderosas razões de proteção quando a sua vida ou integridade física liberdade ou bens patrimónias sejam postos em perigo*) previstos na Lei de Proteção de Testemunhas? No Acórdão da Relação de Lisboa de 28/09/2004 foi indeferido o requerimento em virtude de não ter sido demonstrado esse perigo. Não considera que devia ser automático? Ou a letra da lei da última parte do nº4 do art.4º da Lei 101/2001 devia ser alterada?**

É automático. Poderia haver a menção direta, mas acho que não é necessário, porque a única das medidas disponíveis que cumpre os objetivos é a teleconferência com distorção da imagem e da voz. Não tenho dúvidas que se deve aplicar isso nomeadamente devido ao tipo de crime em concreto que permite ações encobertas é por si suficiente. Porque é tão óbvio que há sempre esse perigo.

- 4- Como fundamentar o requisito “*absolutamente indispensável em termos probatórios*” para junção do relato previsto no nº1 do art.4º da Lei nº101/2001? E como fundamentar o requisito “*indispensabilidade da prova*” previsto no nº4 do art. 4º da Lei nº101/2001.**

A maior parte das vezes é a defesa que solicita o conhecimento da ação encoberta pelo que par aferir da credibilidade da ação encoberta nomeadamente para a questão do agente provocador e saber o que se passou em concreto não se deixa passar esse conhecimento.

ANEXO B

Entrevista ao Dr. João Melo, Procurador da República do Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP)¹⁸⁷

1- Considera que apenas funcionários de investigação criminal da PJ podem ser agentes encobertos ou também da PSP e GNR sob controlo da PJ?

A nossa legislação prevê expressamente no nº 2 do artº 1 da Lei 101/2001 (na versão vigente com as alterações da lei 607/2013, de 23 de Agosto) que podem intervir funcionários de investigação criminal ou terceiros, desde que actuem sob controlo da Polícia Judiciária (aqui há que corrigir a leitura do nº 2, onde por lapso, que ainda não foi rectificado, se refere “Política Judiciária” em vez de Polícia Judiciária).

Ora se o legislador prevê que para além de funcionários de investigação criminal pode intervir qualquer pessoa, não se vê razão para se excluir a possibilidade de intervirem agentes da PSP ou elementos da GNR, sob a direcção da PJ- UPAT.

2- “Terceiros” com antecedentes criminais podem ser agentes encobertos? Ou não é aconselhável por questões de credibilidade em audiência de julgamento caso a acção encoberta venha a ser conhecida?

A lei não exclui a possibilidade de terceiros com antecedentes criminais poderem actuar como colaboradores numa acção encoberta (AE).

¹⁸⁷ Respostas dadas por escrito em 03 de setembro de 2014, que aqui se reproduzem.

Muitas vezes, o recurso a colaboradores com antecedentes criminais que se relacionam com os suspeitos em investigação será mesmo a única forma de se iniciar a infiltração numa associação criminosa.

O recurso a colaboradores com tais características depende do caso concreto e deverão ser previamente avaliados os riscos, as vantagens e as desvantagens, previsíveis, caso a acção encoberta venha a ser revelada.

Na prática existiram já algumas AE em que tal ocorreu com resultados positivos e outros casos em que foi colocada em causa a credibilidade dos depoimentos prestados

3- Ao nível do seu estatuto processual considera que o agente encoberto é uma testemunha *tout court* ou uma testemunha com estatuto especial?

Sem qualquer dúvida que é uma testemunha, que beneficia de prerrogativas especiais, que constituem também direitos especiais dessa testemunha.

Tais testemunhas têm direito à sua protecção e à manutenção da sua segurança e dos seus familiares, nomeadamente em tudo o que possa colocar em perigo a revelação da verdadeira identidade do agente encoberto ou do colaborador que seja chamado a depor em sede de julgamento.

Aliás o reconhecimento dessa situação especial, foi expressamente ressalvado no n° 4 do art° 4 da Lei 101/2001, ao mandar aplicar, sempre, o disposto no n° 1 do art° 87° do CPP (depoimento com exclusão da publicidade da audiência).

Por outro lado, o legislador ressalvou ainda a aplicação das disposições da Lei 93/99, de 14 de Julho - Lei de Protecção de Testemunhas.

Tal preocupação denota que o Legislador considera que o depoimento de agentes encobertos ou colaboradores, em sede de julgamento, constitui um meio de prova sensível, que tem que ser acompanhado de medidas especiais, cuja concretização, através da escolha da medida adequada, dentro do leque de medidas possíveis, deve ser ponderada caso a caso, consoante o grau de risco ou perigos que se verificarem no caso concreto.

Aliás, atente-se que a revelação da existência da AE e a possibilidade de ser colhido o depoimento de agente encoberto ou colaborador em julgamento, são encaradas como situações de exceção, conforme se vê pelo confronto do estatuído no artº 4º nº 1 , 3º e 4 da referida Lei 101/2001.

4- O agente encoberto recolhe prova ou permite que outros meios de obtenção de prova atuem com maior eficácia?

Ambas as situações são possíveis. Através da infiltração na rede criminosa recolhem-se informações que permitirão que as diligências a realizar em sede de inquérito tenham melhores resultados.

Mas durante a execução da própria AE podem ser obtidas provas importantes, nomeadamente a documentação de objectos ou produtos entregues pelos suspeitos, que poderão ser fotografados e examinados, cartas ou escritos contendo instruções, ou outros meios de prova que serão reveladas ou não, de acordo com a decisão do Ministério Público a proferir nos termos do previsto no artº 4º nº 1.

A possibilidade de o agente encoberto poder depor sobre factos praticados durante a execução da AE, é, só por si também um meio de prova possível.

5- O agente encoberto quando presta declarações em audiência de julgamento deve usufruir sempre do regime de proteção de testemunhas (identidade fictícia, teleconferência, distorção de voz e imagem)?

Por razões de cautela, entendo que, em princípio, tais mecanismos devem ser sempre accionados, salvo quando, por razões imprevisíveis, a identidade do agente encoberto seja já conhecida por parte dos intervenientes processuais.

6- Mas deve usufruir diretamente ou só verificados os pressupostos em concreto (*factos ou circunstancias que revelem intimidação ou elevado risco de*

intimidação da testemunha ou ponderosas razões de proteção quando a sua vida ou integridade física liberdade ou bens patrimoniais sejam postos em perigo) previstos na Lei de Proteção de Testemunhas?

O risco é sempre de presumir pelo facto de o agente encoberto ter interagido com elementos da organização criminosa, ganhando a sua confiança, acabando por relatar factos que os incriminam à polícia.

Com efeito, uma vez conhecido o real papel e a intervenção do agente encoberto, o risco da organização criminosa pretender exercer represálias e vinganças contra o próprio agente encoberto ou elementos da sua família é uma realidade inegável, que cumpre acautelar independentemente da existência, em concreto, de factos ou indícios que revelem tais intenções. O grau de probabilidade de concretização de tais condutas e a gravidade das mesmas é que pode ser maior ou menor.

A aplicação de medidas de protecção menos apertadas, como a ocultação da testemunha com ocultação da imagem ou com distorção de voz, ou ambas, pode até ser decidido oficiosamente pelo Tribunal cfr artº 4º da Lei 93/99, de 14 de Julho

Quanto a medidas pontuais de segurança, mais apertadas, devem ser invocados os indícios concretos que aumentam o grau de risco para a testemunha ou seus familiares que justificam a aplicação de medidas pontuais de segurança.

Sendo assegurado a realização de contraditório, para além das normas previstas Lei 93/99, de 14 de Julho são ainda aplicáveis as regras e procedimentos estabelecidos no Dec-lei 227/2009, de 14 de Setembro, este último apenas na parte aplicável (medidas pontuais de segurança - Capítulo III)

7- Como fundamentar no requerimento o perigo latente da condição de agente encoberto?

Nessas situações, estou convencido que a existência dos referidos riscos, para efeitos de aplicação das medidas menos apertadas (ocultação da testemunha com ocultação da imagem ou com distorção de voz, ou ambas), resulta do senso comum e das regras da experiência de qualquer homem médio, bastando invocar o despa-

cho de autorização da intervenção do agente encoberto na AE, as circunstâncias e factos referidos no relato final da AE, previsto no artº 4º nº 1 e os direitos quanto à protecção do agente encoberto, estabelecidos no artº 4º e ss., por referencia ao artº 1º nº 2, todos da Lei 101/2001.

Provada a intervenção do agente encoberto, sob identidade falsa, na execução de uma AE devidamente autorizada e validada, resulta desde logo a possibilidade de oficiosamente, ou a requerimento da Polícia Judiciária, ser determinada o direito à não revelação da verdadeira identidade do agente encoberto e à prestação de depoimento sob identidade falsa- cfr artº 4º nº 3 da lei 101/2001.

8- No Acórdão da Relação de Lisboa de 28/09/2004 foi indeferido o requerimento em virtude de não ter sido demonstrado esse perigo. Não considera que devia ser automático? Ou a letra da lei da última parte do nº4 do art.4º da Lei 101/2001 devia ser alterada?

Quanto a esta questão, meu entendimento ficou já acima exposto.

Nenhum dos argumentos que fundamentaram a decisão do referido Acórdão me convencem do contrário.

O Legislador estabeleceu no nº 3 do artº 4º que a decisão tem que ser fundamentada. Será muito difícil fundamentar a existência de um facto negativo - a não existência de risco e perigo para o encoberto, para indeferir o depoimento do agente encoberto com ocultação da sua identidade.

Na verdade, perante uma actuação levada a cabo numa AE, a existência de um risco, mesmo que mínimo, para o agente encoberto é um facto quase público e notório, sendo uma obrigação dos Tribunais defender e proteger os seus funcionários, perante um risco que foi criado no exercício da sua profissão, no âmbito duma investigação criminal, a coberto de uma decisão judicial que autorizou a actuação do agente encoberto, sob identificação fictícia.

Aliás este aumento de risco e perigo para os funcionários e colaboradores, levou a que fosse estabelecido n° art° 3° da Lei 101/2001, que ninguém pode ser obrigado a participar numa AE.

Terá que ser considerado ainda que no art° 5° n° 3 da Lei 101/2001, o Legislador estabeleceu que o funcionário de investigação criminal a quem for atribuída identidade fictícia, fica autorizado a actuar sob a identidade fictícia, quer no exercício da concreta investigação, quer genericamente em todas as circunstancias do tráfego jurídico e social.

Tais circunstancias e direitos especiais, a par dos riscos associados à actividade de terão que ser compatibilizados com o regime geral estabelecido para outras testemunhas que podem, apenas eventualmente, depor com ocultação da sua identidade, nos termos estabelecidos na Lei 93/99, nomeadamente se se verificarem os pressupostos do art° 16° desta Lei.

Ou seja, o agente encoberto a quem foi atribuída uma autorização para actuar com identidade fictícia e concedido um direito à sua protecção e à não revelação da sua verdadeira identidade, encontra-se numa situação concreta que não existe em relação às restantes testemunhas comuns que podem beneficiar de protecção especial, às quais se exige a prova dos pressupostos do art° 16° da lei 93/99, de 14 de Julho.

Assim, haverá que compatibilizar a aplicação do regime geral estabelecido na Lei 93/99, com a situação especial do depoimento prestado em julgamento por agente encoberto, que agiu a coberto de identidade fictícia no âmbito de uma AE, face à remissão constante na parte final do art° 4° n° 4.

Tal remissão terá que ser entendida não como uma remissão genérica em bloco, mas como uma remissão para a parte aplicável da Lei 93/99, ressalvadas as necessárias adaptações e garantidos os demais direitos existentes na esfera jurídica do agente encoberto.

Parece que a garantia dos referidos direitos especiais e protecção, concedidos pelo legislador ao agente encoberto, não pode ser condicionada aos pressupostos gerais do art° 16° da Lei 93/99, de 14 de Julho, sob pena de se tratar de forma igual,

realidades diferentes, não se reconhecendo o direito do agente encoberto à não revelação da sua verdadeira identidade.

9- O Ministério Público deve requerer sempre as medidas protetivas da Lei de Proteção de Testemunhas?

Entendo que em princípio sim, pelo menos as medidas de proteção de ocultação da testemunha, com ocultação da imagem ou com distorção de voz, ou ambas.

10- Como fundamentar o requisito “*absolutamente indispensável em termos probatórios*” para junção do relato previsto no n°1 do art.4° da Lei n°101/2001?

No artº 4º nº 1 a entidade judiciária a que o legislador faz referência será o Ministério Público, quando o processo ainda se encontra na fase de inquérito.

Nesta fase, enquanto titular da acção penal, o juízo de indispensabilidade do relato para efeitos probatórios corresponderá a situações em que sem a junção do relato, a prova existente no processo será insuficiente para a dedução de uma acusação.

Mas que tal conclusão será alterada caso seja decidido juntar ao processo o relato da AE, o que permitirá concluir-se pela existência de indícios suficientes, segundo o juízo de prognose póstuma previsto no artº 283º nº 2 do CPP,

Resumindo, a junção do relato ao processo será absolutamente indispensável quando sem o relato o inquérito teria que ser arquivado, mas com o relato pode concluir-se pela existência de indícios probatórios suficientes para a dedução de acusação, por ser mais previsível a condenação dos arguidos, do que a sua eventual absolvição.

Nota: Haverá que interpretar o artº 4º nº 1 como fazendo referencia ao relato previsto no artº 3 nº 6 e não nº 5 , como por lapso, ainda não rectificado, ficou a constatar do texto legal.

11- Como fundamentar o requisito “indispensabilidade da prova” previsto no nº4 do art. 4º da Lei nº101/2001.

O nº 4 do artº 4º da Lei 101/2001, é uma disposição claramente aplicável à fase de julgamento, onde a entidade judiciária competente para a decisão ali prevista é o Juiz de julgamento.

O juízo de indispensabilidade que o Juiz terá de indicar na fundamentação do despacho, terá que passar pela necessidade de afastar dúvidas essenciais, criadas no espírito do julgador, sobre factos trazidos à sua apreciação (pela acusação ou pela defesa) que só poderão ser afastadas com a produção, como meio de prova, do depoimento do agente encoberto que executou a AE.

Trata-se assim de uma decisão recorrível.

ANEXO C

Entrevista ao Dr. João Carreira, Diretor da Unidade de Prevenção e Apoio Tecnológico (UPAT) da Polícia Judiciária¹⁸⁸

1- Quais são os critérios de seleção para um funcionário de investigação criminal ser agente encoberto?

Os critérios de seleção são fundamentados na experiência, características psicológicas para que existe grelha internacionalmente certificada, desembaraço físico e diferenciada interiorização dos valores éticos e princípios legais.

2- Que tipo de formação (termos genéricos) recebem?

Existe um curso de formação de duas semanas seguindo os modelos de formação das mais avançadas unidades de encobertos com as quais fazemos parceria e formação conjunta, com a participação de reputados formadores internacionais desta área.

3- E no caso de serem “terceiros”?

Os terceiros são selecionados tendo em consideração os princípios das exigências que obedecem a gestão de informadores, reforçados pela exigência legal de controlo e de maior exposição ao risco quer dos terceiros, quer da organização e dos sistema de justiça.

¹⁸⁸ Respostas dadas por escrito que aqui se reproduzem.

4- E se os terceiros tiverem antecedentes criminais?

Tal facto não é impeditivo de ser recrutado como terceiro, sendo certo que tal característica torna o terceiro mais credível junto da organização criminosa, tornando mais eficaz a infiltração. De qualquer forma, o facto de ter antecedentes, obriga a estrutura e estratégia de controlo montada, a estar mais alerta e tomar medidas proactivas, de forma a evitar a descredibilização da intervenção do terceiro.

5- A opção de um funcionário ou terceiro é em função de que critérios?

Existe muitas vezes, de facto, a opção terceiros ou funcionário, a situação investigatória ou de segurança é que determina a escolha, sendo certo que nalgumas situações se deverá recorrer por via da regra ao agente encoberto e noutras pressupostos de confiança, eficácia e oportunidade, impõe-nos o recurso ao terceiro. Saliente-se, no entanto, que se puder evitar o recurso ao terceiro, se deverá optar por tal, bem como pelo princípio da intervenção mínima deste, substituindo-se a sua intervenção logo que possível.

6- Considera que apenas funcionários de investigação criminal da PJ podem ser agentes encobertos ou também da PSP e GNR sob controlo da PJ?

Parece-me que deve existir um estatuto idêntico, pois ser funcionário de investigação é relevante, mas parece-me que o estatuto de polícia, a sua seleção, formação e capacidade de identificar o risco e a avaliação dos valores e dos dilemas, são suscetíveis de se encontrar nos funcionários que tem tal estatuto, muito embora se possa correr o risco depois de se alargar a um conjunto de funcionários que tem mais dificuldade em fazer as opções corretas em situações de risco (ex. funcionários das Finanças, da Asae, etc).

7- Ao nível do seu estatuto processual considera que é uma testemunha *tout court* ou uma testemunha com estatuto especial?

Na minha ótica o agente encoberto é uma testemunha com estatuto especial, derivado da sua proteção e da diferente avaliação que certamente é feita pelo tribunal das suas declarações, nas condições em que ocorrem.

8- O agente encoberto recolhe prova ou permite que outros meios de obtenção de prova atuem com maior eficácia?

O agente encoberto recolhe prova e permite que outros meios de obtenção de prova possam a atuar com mais eficácia.

9- O agente encoberto ou terceiro quando presta declarações na fase de julgamento deve usufruir sempre do regime de proteção de testemunhas (identidade fictícia, teleconferência, distorção de voz e imagem)?

O terceiro e o agente encoberto deve beneficiar sempre deste regime, por via da regra, porque questões de segurança, se colocam sempre, neste ou noutros casos em que ao agente encoberto também teve intervenção, podendo haver contaminação e acesso a informação, por parte, de outros grupos criminosos, bem como a tutela de métodos deverá neste domínio algo, que deve ser acautelado, sem esquecer os custos associados ao treino e criação de histórias de cobertura, que serão consumidos num ápice, caso o agente encoberto não beneficie sempre daqueles meios de proteção.

10- Mas deve usufruir diretamente ou só verificados os pressupostos em concreto (*factos ou circunstancias que revelem intimidação ou elevado risco de intimidação da testemunha ou ponderosas razões de proteção quando a sua*

***vida ou integridade física liberdade ou bens patrimoniais sejam postos em perigo*) da Lei de Proteção de Testemunhas?**

Conforme resulta da resposta anterior o perigo estará sempre presente quer numa situação, quer noutra, sendo situações especiais, devem merecer proteção especial.

11- Como fundamentar no requerimento o perigo latente da condição de agente encoberto?

Conhecida qualquer informação que seja suscetível de fundamentar a ameaça que no caso do agente encoberto ou terceiro, nos parece automática, deve ser evidenciada a necessidade de o requerer a existência de perigo latente.

12- No Acórdão da Relação de Lisboa de 28/09/2004 foi indeferido o requerimento em virtude de não ter sido demonstrado esse perigo. Não considera que devia ser automático? Ou a letra da lei da última parte do nº4 do art.4º da Lei 101/2001 devia ser alterada?

Considero que deve ser automática e para maior clareza a letra da lei deve ser alterada.

13- Se o Ministério Público não requerer as medidas protetivas a PJ requer sempre?

A Polícia Judiciária a quando da notificação para audição do terceiro ou agente encoberto, deverá sempre solicitar as medidas de proteção previstas na lei para a testemunha no domínio das ações encobertas, exceto na situação em que se verifique do contexto, existir um conhecimento notório da testemunha e não se revela haver superlativo perigo da sua intervenção, mais do que aquele que já existe, à partida.

Índice

DECLARAÇÃO ANTIPLÁGIO	I
DEDICATÓRIA	II
AGRADECIMENTOS.....	IV
MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES.....	VI
LISTA DE ABREVIATURAS E ACRÓNIMOS.....	VII
DECLARAÇÃO	IX
RESUMO	X
ABSTRACT	XI
CAPÍTULO I.....	1
1. Introdução	1
a) Objeto	8
b) Relevância do tema	10
c) Problemas	12
d) Metodologia.....	13
CAPÍTULO II	19
1. O Agente Encoberto no ordenamento jurídico português – Enquadramento Histórico – Legislativo	19
a) Génese histórica	19
b) Evolução legislativa no ordenamento jurídico português	21
c) Definição de Agente Encoberto/Agente Infiltrado/Homens de Confiança	33
d) Distinção conceptual entre Agente Encoberto/Agente Provocador	39
2. Ações Encobertas.....	42
a) Definição	42
b) Tipologias de Ações Encobertas	43
a. Ações Encobertas Preventivas	43
b. Ações Encobertas no âmbito de um Inquérito	43

c. Ações Encobertas Técnicas	44
i. Intrusão.....	44
ii. Ambiente digital.....	45
d. Ações Encobertas no âmbito da cooperação judiciária internacional.....	46
c) Requisitos legais das ações encobertas	48
3. O agente encoberto no Direito Processual Penal	52
a) Funcionário de Investigação Criminal.....	52
b) Terceiro	54
4. Direito comparado	58
a) Estados Unidos da América	58
b) Espanha	60
a. Enquadramento legal	60
b. Princípios	63
i. Princípio da legalidade.....	64
ii. Princípio da subsidiariedade	65
iii. Princípio da proporcionalidade:	66
c. O Agente Encoberto.....	66
i. Definição	66
ii. Identidade fictícia.....	68
c. Inglaterra	69
a. Definição e exemplos de ações encobertas.....	69
a. Princípios	72
i. Princípio da necessidade	72
ii. Princípio da proporcionalidade	72
iii. Princípio da subsidiariedade	73
c. Autorização de uma ação encoberta	73
i. Pressupostos	73
ii. Conteúdo da autorização	74
iii. Segurança do Agente Encoberto	75
d. Prova recolhida pelo Agentes Encoberto.....	76
d) Alemanha.....	76

a. Enquadramento legal e pressupostos	76
b. Princípios	78
i. Princípio da subsidiariedade	78
c. O Agente Encoberto.....	78
CAPITULO III.....	80
1. As declarações do agente encoberto em audiência de julgamento	80
a) Pressupostos	80
a. Indispensabilidade da prova.....	82
b. Identidade fictícia	85
b) Medidas de proteção do Agente Encoberto.....	87
c) Proteção de testemunhas	89
a. Pressupostos no caso do Agente Encoberto prestar declarações	89
b. Valoração das declarações do Agente Encoberto	97
d) Princípio do contraditório – Processo equitativo.....	100
2. Direito comparado	107
a) Estados Unidos da América	107
b) Espanha	108
c) Inglaterra	111
d) Alemanha.....	113
CAPITULO IV	116
Bibliografia	119
Artigos.....	122
Jurisprudência citada e/ou consultada	123
Sítios consultados na internet	125
Legislação consultada e/ou citada	127
ANEXOS	128
ANEXO A	129
ANEXO B	132
ANEXO C	140